

JOÃO PAULO ISHISATO

**A PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA
DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS E A
CONSTITUIÇÃO**

**CURITIBA
2007**

JOÃO PAULO ISHISATO

**A PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS
DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO**

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de bacharel em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.

**Orientador: Prof. Luiz Marlo de Barros
Silva**

DL 003 13

L MARLO

00012.10.54

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO PAULO ISHISATO

A PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:

Orientador: _____
Professor Luiz Marlo de Barros Silva

Professor Alvacir Alfredo Nicz

Professor Joe Tennyson Velo

Curitiba, de de 2007

Resumo

Trata-se de monografia destinada principalmente a uma análise do inciso XLI, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que preceitua que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, sobretudo no que toca ao seu conteúdo jurídico e aplicabilidade. Para tanto, analisou-se, além da norma, aspectos correlatos a ela, como os direitos fundamentais e as teorias que os abordam na sua função de proteção, bem como da contextualização destes direitos na referida Carta Magna; sendo que, por outro lado, aventaram-se as temáticas pertinentes a questão do preconceito e discriminação, seja como fenômeno social seja como conduta punível, relacionando-os, ainda, com o princípio da igualdade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	8
1.1 Perspectiva histórica.....	8
1.2 Conceitos.....	16
1.3 Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.....	20
1.4 Os direitos fundamentais como direitos à proteção.....	24
2 - A NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 5º, XLI.....	29
2.1 A gênese da norma: preceitos análogos de outras Constituições brasileiras.....	31
2.2 O ato lesivo aos direitos e liberdades fundamentais e a ação discriminatória a eles: distinções.....	34
2.3 Preconceito e discriminação.....	37
2.4 Princípio da igualdade: conteúdo jurídico e os critérios constitucionalmente válidos de discriminação.....	39
2.5 A lei punirá: aplicação e eficácia da norma.....	46
3 - O ATO DISCRIMINATÓRIO COMO CONDUTA PUNÍVEL.....	48
3.1 Sociedade e discriminação.....	49
3.2 Linha gerais da Lei 7.716/89.....	52
4 - CAUSAS DE DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAIS NÃO ABRANGIDAS PELA LEI PENAL E A OMISSÃO LEGISLATIVA.....	56
4.1 A orientação sexual.....	57
4.2 Omissão legislativa.....	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

INTRODUÇÃO

Apresenta-se, aqui, estudo sobre o tema denominado “A proteção contra a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e a Constituição”, baseando-se numa análise focada no inciso XLI, do art. 5º da Constituição da República de 1988, o qual dispõe, no rol dos direitos e garantias fundamentais, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Inovando em relação às Constituições brasileiras anteriores, esta norma constitucional destaca que a lei punirá, não somente a discriminação oriunda de cor, raça, etnia, mas sim qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Enfatizando, pois, a imposição de albergar sobre sua proteção qualquer diversidade humana passível de ser usada como instrumento de discriminação, inclua-se aí, como exemplos, a orientação sexual e a própria diversidade genética, hoje identificável e passível de ser utilizada na exclusão de indivíduos.

Denota-se, igualmente, a utilização do vocábulo discriminação, no lugar do preconceito, utilizado em outras Constituições; mudança que, por certo, possui relevante significância.

Acima de tudo, além da análise esmiuçada da norma constitucional, da busca pelo pleno entendimento do conteúdo da norma, procura-se no presente trabalho auxiliar na sua efetividade, em sua concretização.

Deste modo, desenvolveu-se aqui breve estudo acerca dos direitos e liberdades fundamentais, buscando-se primeiramente uma delimitação do conteúdo jurídico da expressão “discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Neste sentido, a pesquisa iniciou-se pelo estudo dos direitos fundamentais (incluindo-se, aqui, já o vocábulo liberdades fundamentais, este menos abrangente), amparando-se, para tanto, na análise do processo histórico de construção da idéia de direitos fundamentais, bem como de sua assimilação nas teorias do Estado e da Política, nas comunidades humanas e em suas formas de organização política e social, derrocando-se, assim, para o estabelecimento de relações com o Direito.

Ressalte-se, aqui, a opção (pela brevidade do trabalho) de um enfoque estrito, cingindo-se a um enfoque voltado ao Ocidente (entendendo-se, este, como o

agrupamento de pessoas e idéias resultantes do processo de derrocada do Império romano do ocidente e do movimento de cristianização).

No toar desse exame, a pesquisa voltou-se então a uma delimitação da idéia de direitos fundamentais, de seu conteúdo, as feições que os direitos fundamentais modernamente, a fim de identificá-los e analisar sua contextualização na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Tendo sempre em mente, então, o preceito constitucional que se busca esclarecer no presente estudo, bem como considerando sua peculiaridade de ser um direito de proteção a ser fornecido pelo Estado e não contra este, procedeu-se a uma breve análise do desenvolvimento da doutrina acerca das funções dos direitos fundamentais, e, mais especificamente, dos direitos fundamentais como direitos à proteção.

Num momento seguinte, passou-se ao estudo do efetivo conteúdo da norma protetiva em voga.

Nessa linha, estudou-se, num momento inicial, o histórico das Constituições brasileiras, na busca de preceitos análogos, a fim de trazer luzes ao processo de desenvolvimento que culminou na presente norma.

Após, a pesquisa voltou-se ao estabelecimento dos contornos da norma, no intuito de se firmar o efetivo conteúdo e alcance do preceito constitucional, bem como na motivação de elucidar as expressões utilizadas pelo Constituinte, dentre elas o vocábulo discriminação.

Da elucidação da norma que visa proteger contra a discriminação, imperioso ressaltar a sua relação estreita com o princípio da igualdade; sendo imprescindível, pois, analisá-la, também, por este aspecto correlacionado.

Isto é, as normas passam a ser compreendidas num binômio, as duas caras de uma só moeda, no qual a discriminação é decorrente do desrespeito à igualdade; sendo que, assim, uma análise mais detida acerca do conteúdo jurídico do princípio da igualdade mostrou-se de grande valor no presente estudo.

A par da análise intrínseca da norma, buscou-se igualmente o estudo do preceito constitucional em suas relações com o ordenamento jurídico Constitucional, numa

explicitação do alcance de sua aplicabilidade e eficácia, bem como da configuração do fenômeno discriminatório nas relações sociais.

Tratou-se, aqui, igualmente de uma análise da lei 7.716/89, a lei penal mais representativa no que pertine a temática aqui estudada, fazendo-se uma abordagem tanto em relação aos modos de discriminação quanto em relação as razões de discriminação criminosas; posicionando-se, ainda, acerca de eventuais casos omissos.

Por fim, fez-se uma abordagem sobre possíveis fatores de discriminação socialmente relevantes ainda não albergados sob a tutela da lei penal, utilizando-se, para tanto, da questão da orientação sexual.

Por fim, passou-se a análise da omissão do legislador face à determinação constitucional de punir certas condutas.

1 - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na medida em que buscaremos abranger em nosso estudo uma norma constitucional conceitualmente compreendida e inserida no rol das normas tidas por nossa Constituição pela denominação de direitos fundamentais e que, inclusive, tem por fito a garantia de tais direitos; a busca, através de breve e modesta análise, do alcance dos contornos, ainda que de modo superficial, do que se pode entender e compreender por direitos fundamentais é de suma importância.

Para tanto, analisaremos os direitos fundamentais primeiramente por um enfoque histórico; seguramente necessário, por tratar-se de construção ideológica humana, a fim de obtermos uma conceituação desses direitos e, após, a inserção desses direitos no âmbito brasileiro.

A temática envolve grande dificuldade, mormente se levado em conta nosso singelo universo de conhecimento, crescendo-se, ainda, a divergência doutrinária nacional e alienígena atinente à matéria sub examine.

Contudo, ainda que presentes tais óbices, buscaremos, dentro de nossa limitação, atingir a elucidação pragmática necessária ao desenvolvimento deste trabalho, de modo a adentrar as nuances conceituais necessárias para a melhor compreensão da norma em contexto.

1.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA

Como bem salientou SARLET¹, a análise da origem da natureza e da evolução dos direitos fundamentais ao longo dos tempos é, de per si, um tema fascinante e justificaria plenamente a realização de um curso inteiro e a redação de diversas monografias e teses.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ªed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38.

Tal circunstância, contudo, não impede a possibilidade de consignar neste trabalho breve explanação sobre o tema, de modo que sejam referidos, ao menos, os aspectos mais relevantes do assunto; imprescindíveis, pois, para a devida compreensão da importância, caracterização, conceituação e função dos direitos fundamentais.

Por certo, na análise histórica de um determinado fenômeno, é necessária a prévia delimitação em termos mínimos do objeto de estudo, isto é, caracterizando-o sem demasiado rigor conceitual, de modo que se possibilite a comparação análoga com outros objetos que, caso adotássemos um conceito puro, ficariam fora do campo de apreciação; empobrecendo, portanto, a análise.

Tal se faz mesmo necessário eis que próprio do exame histórico, no qual o objeto de estudo, até ser delimitado na forma atual, passou por um processo de construção, de evolução.

É imperioso que se imponha padrões mínimos de relevância de um objeto para nossa pesquisa, sem que isso importe numa assunção definitiva do conceito.

É dizer que, por exemplo, caso se pretenda fazer breves apontamentos sobre a origem das atuais armas de fogo, teremos como relevante, entre outros elementos, a utilização de pólvora; isso, contudo, não implica em ficarmos atrelados a esse componente para conceituarmos as armas de fogo. O elemento é importante apenas pela analogia, pela origem. Houve um momento histórico em que o uso de pólvora era elemento imprescindível de uma arma de fogo, não o sendo mais, contudo. O mesmo se dá no campo da ciência do direito. Podemos analisar historicamente a democracia, sabendo-se, no entanto, de sua diversidade na vereda da civilização humana. Em Atenas, a título de exemplo, a democracia vinculava-se a idéia de participação direta do cidadão, nunca a representatividade.

Com relação aos direitos fundamentais, SARLET² compreende que sua essência e razão residem na proteção da dignidade da pessoa humana, ressaltando, ainda, o fato de estar umbilicalmente ligada à história da limitação do poder. Sendo esses dois pontos cruciais.

² SARLET, Ingo Wolfgang. obra citada. p. 38.

HESSE, por sua vez, conforme bem exposto por BONAVIDES³, já destoa entre dois critérios de identificação dos direitos fundamentais, a evidenciar duas tendências: uma de cunho material e outra formal. Entende ele que, por um lado, os direitos fundamentais são aqueles que almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida em liberdade e na dignidade humana, sendo que, por outro, há uma concepção mais restrita, específica e normativa: os direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica com tais.

SCHMITT, nesse sentido, adota dois critérios formais: o primeiro, liga-se a esta última idéia de HESSE, isto é, como bem menciona BONAVIDES³, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional como tais; o segundo, conquanto igualmente formal, ampara-se no grau de rigidez da norma, ou seja, são as normas constitucionais imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada.

Segundo esse autor, ainda, os direitos fundamentais podem possuir um aspecto material, de conteúdo variável em cada Estado e em cada momento histórico, levando-se em consideração, pois, a ideologia, a modalidade de Estado, as espécies de valores e princípios que a Constituição de um determinado país consagra.

Neste particular, pode-se notar a origem da diferenciação que a doutrina irá dar aos direitos fundamentais em relação aos direitos humanos, como salienta SARLET⁴, amparando-se em ensinamento de outros mestres, dentre eles CANOTILHO e MIRANDA:

(...) não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado) (...) Em que pese sejam ambos os termos ("direitos humanos" e "direitos fundamentais") comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional,

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 561.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. obra citada, p. 33.

e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Tomadas essas considerações, verifica-se duas vertentes a serem tomadas em consideração em nosso estudo; por um lado o surgimento das idéias ligadas aos direitos humanos, entendidos como tais àqueles direitos inalienáveis pelo ser humano com caráter de universalidade, tanto espacial como temporal, ligadas, de certo modo, às idéias de cunho filosófico, de origem muitas vezes metafísica e que originarão como base do ideal jusnaturalista; e de outro, o surgimento dos ideais vinculados a noção de direitos fundamentais, essencialmente àqueles ligados ao surgimento da idéia de limitação do poder do soberano, do Estado face ao cidadão, incluindo-se aí a própria história da idéia de Estado e, conseqüentemente, do constitucionalismo. Ressalte-se que, por serem umbilicalmente ligadas, não se pretende divorcia-las, mas tão somente de evidenciá-las como surgidas em momentos historicamente diversos.

Conforme diz SARLET⁵, mencionando o entendimento do mestre alemão K. STERN, destacam-se três etapas na evolução dos direitos fundamentais: a) uma pré-história, que se estende até o séc. XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem e; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

Com relação à dimensão histórica denominada por K. STERN de pré-história, limitaremos-nos, pela brevidade necessária, à linha de pensamento ocidental.

Não obstante a inexistência da concepção de direitos fundamentais na antiguidade clássica, mesmo pela inexistência de uma noção de Estado, como plenamente concebido na época moderna, é inegável, conforme bem observa SARLET⁶, a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou algumas das idéias que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis. Destaque-se, aqui, a notável influência, no que toca principalmente aos valores da dignidade da pessoa

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 39.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 40.

humana, da liberdade e igualdade dos homens, da filosofia clássica e do pensamento cristão.

De particular relevância, consoante consignou ANDRADE⁷, foi o desenvolvimento da ideologia cristã, consistente principalmente na igualdade dos homens perante Deus, pelo pensamento de São Tomás de Aquino que, contrapondo-se as limitadas concepções greco-romanas, ligadas à noção de *polis*, pregava a igualdade de todos os homens, sem distinção de raça, cor ou cultura. SARLET⁸, por sua vez, estende a importância do referido teólogo medieval para além desse entendimento da igualdade: esculpi-se a sua notoriedade em ter defendido a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população; preocupando-se, pois, com as repercussões práticas de sua ideologia, bem como lança idéias que, por conseguinte, ajudarão a formar as bases para o repertório da tradição jusnaturalista.

O desenvolvimento do ideal jusnaturalista, que parte da existência de um núcleo inalienável de direitos do ser humano, a qual assumiu diversas configurações no que concerne a seu conteúdo, acarretou a idéia, que dentre estes deve existir, conforme a contribuição doutrinária de JONH LOCKE⁹ (1632-1704), a concretização de uma eficácia oponível desses direitos, inclusive aos detentores do poder. A oposição dos direitos naturais aos governantes se daria em razão da própria delegação da função governamental pelos governados, encontrando fundamento, pois, no conceito de contrato social, o qual passou a encontrar grande divulgação e aceitação, notadamente pelas penas de Rousseau (1712-1778), do norte-americano T. Paine (1737-1809) e de Kant (1724-1804).

As teorizações não são propriamente similares entre si, mantendo-se, contudo, a idéia central de que o homem é dotado de uma liberdade política e de liberdades

⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 12/13.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 41.

⁹ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 42.

individuais, que só podem viver em harmonia com a realização de um contrato social entre os indivíduos e o Estado; influenciando, pois, o processo de fortalecimento do indivíduo frente ao Estado.

Percebe-se aqui, portanto, com o desenvolvimento da idéia de contrato social, que a defesa dos direitos naturais, converteu-se em princípio legitimador do governo; distinguindo-se, então, da antiga concepção, outrora divina; passando-se, então, a um processo de laicização do direito e, conseqüentemente, a própria intersecção entre os direitos naturais, cuja efetivação agora passa a ser a razão da existência de um governo, e a legitimidade do exercício do poder.

Deve-se considerar, nesse aspecto, a importância precedente da elaboração da Magna Carta, em 1215, firmada por João Sem Terra. Esta se encontrava, contudo, ainda forrada de privilégios, possuindo mais o caráter de um tratado de paz entre os barões ingleses e o rei.

Com efeito, a concepção moderna de direitos fundamentais realmente começa a ganhar efetivo contorno com o advento das doutrinas contratualistas do século XVI e com as revoluções burguesas do século XVII e XVIII e suas respectivas declarações de direitos.

Na Inglaterra, promulgaram-se no século XVII a *Petition of rights*, o *Habeas Corpus act*, o *Bill of rights* e o *Establishment act*, as quais, resultaram em efetiva elaboração de liberdades genéricas no plano do direito público, tanto no que toca ao conteúdo das liberdades reconhecidas quanto à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses. Note-se, contudo, que esses direitos não vinculavam ao Parlamento inglês, carecendo, portanto, das importantes características de estabilidade e supremacia, de tal sorte que, conforme salienta SARLET¹⁰, houve, na Inglaterra, uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades fundamentais.

O referido autor, nessa linha, menciona que a verdadeira paternidade dos direitos fundamentais pode ser concedida às declarações de direitos norte-americanas; estas, além de reconhecerem os mesmos direitos e liberdades contidos nas cartas

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 46.

inglesas, concederam-lhe eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos.

Nota distintiva essencial desta em relação à Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é a garantia de justiciabilidade outorgada àquela por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial de constitucionalidade. Característica esta que, por certo, a enaltece na história dos direitos fundamentais. A Declaração Francesa, por sua vez, igualmente possui transcendental importância, por haver consignado inclusive uma maior preocupação social e com o princípio da igualdade, bem como pelo seu caráter de reconhecimento universal, tratando-se, pois, de uma declaração dos direitos de inerentes a todo os seres humanos. Contudo, como bem ressalta SARLET¹¹, deve se levar em consideração o fato de os direitos fundamentais reconhecidos na declaração francesa, se encontrar à míngua de um controle de constitucionalidade das leis, isto é, ao arbítrio do parlamento.

Em que pese, contudo, as dificuldades e divergências iniciais; o caminho, como bem lembra BONAVIDES¹², para a estabilização e concretização dos direitos fundamentais já passou a estar sedimentado na história humana a partir dos fulgores revolucionários do séc. XVIII. Descoberta a fórmula da generalização e universalidade, restava doravante seguir os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados.

Como visto, as doutrinas e concepções filosóficas têm relevância enorme no processo. Mas, como bem adverte SILVA¹³, não se pode olvidar que elas próprias são condicionadas por condições materiais históricas. Decorrem, pois, da necessidade de ordena-las numa compreensão ideológica coerente, interpretando-as. Não houve propriamente uma inspiração das declarações de direitos. Houve reivindicações e lutas para conquistar os direitos nelas consubstanciados. Quando as condições materiais da

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 48.

¹² BONAVIDES, Paulo, obra citada, p. 563.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 21ª ed, revista e atualizada. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 172.

sociedade propiciaram, elas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas e subjetivas para sua formulação.

A importância dessas condições materiais passaram a mostrar-se com maior evidência após as conquistas do séc. XVIII. Em que pese o notável avanço que marcaram na história humana, os direitos conquistados nessa etapa exalavam excessivo individualismo; passando a se constituir, de certo modo, em instrumento útil apenas a algumas categorias sociais.

SILVA¹⁴, nesse aspecto, observa que o enfoque individualista destes direitos foi sendo superado pelo processo histórico-dialético das condições econômicas, que deram nascimento a novas relações objetivas com o desenvolvimento industrial e o aparecimento de um proletariado amplo sujeito ao domínio da burguesia capitalista. Essas novas condições materiais da sociedade teriam que fundamentar a origem de outros direitos fundamentais, isto é, os direitos econômicos e sociais, e concomitantemente a transformação do conteúdo dos direitos que servia à burguesia em sua luta contra o absolutismo. Sobrevindo daí novas doutrinas, entre elas, pode-se mencionar a marxista, acarretando, conseqüentemente, a idealização e o surgimento de novos direitos fundamentais.

Percebe-se, então, que os direitos fundamentais, pela necessidade de materializar os anseios advindo da sociedade, passaram por diversas transformações, tanto no que concerne ao seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação; passando-se a falar, pois, consoante BONAVIDES¹⁵, que os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações (ou dimensões)¹⁶ sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo.

Segundo o referido autor, surgiram e se institucionalizaram no século XX: os direitos de segunda dimensão, como desdobramento natural de uma busca pela efetiva

¹⁴ SILVA, José Afonso da, obra citada, p. 174.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo, obra citada, p. 563.

¹⁶ Conforme o próprio BONAVIDES (obra citada, p. 571/572) e consoante crítica de SARLET (SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 49), o vocábulo “dimensão” substituí, com vantagem lógica e qualitativa o termo “geração”, visto que traduz melhor a idéia do processo de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos fundamentais, razão pela qual adotaremos para traduzirmos a idéia de ambos os autores o vocábulo “dimensão”.

aplicação do princípio da igualdade, traduzindo-se, pois, na forma dos direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, e; os direitos de terceira dimensão, albergados sob as asas da fraternidade e superando os interesses de um determinado indivíduo, grupo ou Estado, focando-se, então, no gênero humano como valor supremo em termos de qualquer existencialidade concreta, consubstanciando-se nos temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

De rigor mencionar, ainda, o posicionamento favorável do mesmo BONAVIDES¹⁷ ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, a fim de fazer frente aos perversos resultados oriundos da crescente e amoral globalização econômica. Constituiria-se numa globalização dos direitos fundamentais, composta do direito à democracia (direta), à informação e ao pluralismo.

A idealização e defesa destes direitos, contudo, como bem observa SARLET¹⁸, conquanto estes tragam verdadeira contribuição à progressiva evolução do ser humano, longe estão de obter o devido reconhecimento do direito positivo interno e internacional, não passando, por ora, de justa e saudável esperança em relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, dimensão (ainda) eminentemente “profética”.

1.2 CONCEITOS

Repensadas, então, brevemente, as linhas mestras pelas quais seguiu a construção histórica dos direitos fundamentais, com mais clareza poder-se-á denotar as observações acerca de sua terminologia e conceituação.

Deve-se levar em conta, contudo, conforme adverte SILVA¹⁹, que a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta

¹⁷ BONAVIDES, Paulo, obra citada, p. 570.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 55.

¹⁹ SILVA, José Afonso da, obra citada, p. 175.

definir-lhes um conceito sintético e preciso, sendo que essa dificuldade só aumenta com a circunstância de se utilizarem expressões diversas para designá-los, sendo as mais comumente utilizadas: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Nesse sentido, prossegue o ilustre Mestre, mostra-se mais adequada ao estudo desses direitos no contexto das ordens jurídicas nacionais positivadas a utilização do termo “direitos fundamentais do homem” ou mesmo “direitos fundamentais”. Sustenta ele que esta expressão galga acerto em dois aspectos: refere-se a princípios que resumem a concepção do mundo e do homem, informando, pois, a ideologia política de cada ordenamento jurídico, ao mesmo passo que, na conjuntura do direito positivo, articula aquelas prerrogativas que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas; a fundamentalidade caracteriza a imprescindibilidade destas a existência humana, tanto materialmente quanto socialmente.

Do mesmo modo, SARLET²⁰ compreende ser essa a melhor denominação, sobretudo quando objeto do estudo situa-se na análise dogmático-jurídica dos direitos fundamentais à luz do direito constitucional positivo. Ressalta ele que deve se levar em consideração, ainda, a sintonia desta opção com a terminologia utilizada pela nossa Constituição de 1988, que, na epígrafe do Título II se refere aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, consignando-se, nesse ponto, de que este termo abrange a todas as espécies ou categorias de direitos fundamentais; abarcando, inclusive sistematicamente, os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais e os direitos políticos; bem como englobam as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais, na linha desenvolvida especialmente na doutrina e jurisprudência alemã, tais como os direitos de defesa, os de cunho prestacional, os direitos-garantia e as garantias institucionais.

Com relação as demais terminologias, pode-se compreender que, principalmente em se levando em consideração o objetivo de nosso estudo, mostram-se inadequadas.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 32.

Como visto no capítulo anterior, a utilização da expressão direitos naturais revela-se mais adequada para designar uma concepção de dignidade humana que é desvinculada da existência (ou não) de um ente político denominado Estado; não sendo, pois, necessariamente jurídica ou mesmo política. A expressão direitos humanos, por outro lado, conquanto pudesse manter boa correlação ideológica com o objeto designado, igualmente conota demasiada abstração da ordem jurídica positivada, de tal sorte que não retém perfeitamente a idéia de fundamentação de um sistema jurídico de um Estado.

As demais designações, por sua vez, como bem adverte SARLET²¹, vêm sido preteridas pela maioria da moderna doutrina constitucional, uma vez que divorciados do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado, bem como por revelarem uma “flagrante” insuficiência no que concerne à sua abrangência, visto que atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais.

Assim sendo, delineiam-se, já pela demonstração das razões da opção pela terminologia “direitos fundamentais”, os contornos da caracterização e, por conseguinte, conceituação da gama de normas jurídicas sobre as quais pretendemos nos debruçar; isto é, aquelas normas, conformadas sobre um alicerce historicamente construído sobre a noção de dignidade da pessoa humana, pelos quais fundamenta-se e justifica-se a construção e organização de uma comunidade política, bem como estabelecem direitos inalienáveis do ser humano perante essa comunidade ou quem a ela legitimamente representa.

Assim, podemos percebê-los como conjunto de prerrogativas e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da liberdade, igualdade e dignidade entre os seres humanos, sendo, ainda, os núcleos invioláveis de uma sociedade política.

Nesse sentido, SCHMITT, como visto, adota dois critérios formais para identificá-los: o primeiro, liga-se à doutrina de HESSE, isto é, como bem menciona BONAVIDES²², podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 32.

²² BONAVIDES, Paulo, obra citada, p. 561.

garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional como tais; o segundo, conquanto igualmente formal, ampara-se no grau de rigidez da norma, ou seja, são as normas constitucionais imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada.

Não se pode olvidar, contudo, que esse autor também defende que os direitos fundamentais podem possuir uma propriedade material, de conteúdo, porém, variável em cada Estado e em cada momento histórico, levando-se em consideração, pois, a ideologia, a modalidade de Estado, as espécies de valores e princípios que a Constituição de um determinado país consagra.

Percebe-se, assim, que a caracterização dos direitos fundamentais pode se dar por meio de aspectos formais ou materiais da norma.

Nesse sentido, a característica da fundamentalidade, como já frisado anteriormente, denota-se como diretriz nessas duas dimensões; a propósito, não é outra o entendimento do alemão R. ALEXY, recepcionada no contexto ibérico por CANOTILHO²³, os quais apontam para a especial dignidade e proteção de direitos num sentido formal e num sentido material.

Com relação a fundamentalidade formal, SARLET²⁴ menciona que esta se encontra ligada ao direito constitucional positivo, denotando-se principalmente pelas características de estas normas situarem-se no ápice do ordenamento jurídico, encontrarem-se submetidas à limites formais e materiais de modificação e por cuidarem-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas. A nota material, por outro lado, decorre, segundo ele, da circunstância de conterem disposições essenciais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade e, de modo especial, sobre a posição que a pessoa humana ocupa nestes.

Deste modo, prossegue o referido autor, pode-se propor, consoante a definição propugnada por R. ALEXY, que os direitos fundamentais são:

(...) todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e,

²³ CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional*. p. 509.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 80/81.

portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na constituição formal²⁵.

Como se vê, essa definição abarca bem a noção de fundamentalidade, tanto formal quanto material desses direitos; denotando satisfatoriamente, na linha do anteriormente exposto, a tradução do conteúdo da idéia central de direitos fundamentais, sobretudo quando os analisamos em separado de uma ordem constitucional positiva específica, tarefa a que se dedicará o próximo capítulo.

1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.

Culminando inevitavelmente as nossas reflexões acerca dos direitos fundamentais, como visto, na análise do nosso ordenamento jurídico-constitucional; imperioso estabelecer, pois, em seus aspectos mais relevantes, o modo como estes direitos a permeiam.

No toar do anteriormente exposto, pode-se dizer, em síntese, que a Constituição é a lei fundamental do Estado, estabelecendo a organização dos poderes constituídos, bem como a consagração dos direitos fundamentais do cidadão. Klaus STERN²⁶ bem traduz essa noção ao mencionar que as idéias de Constituição e direitos fundamentais surgiram como manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual, que visava impor limites normativos ao poder estatal, sendo que somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental.

Percebe-se, então, a estreita ligação que detém as noções de Estado, Constituição e direitos fundamentais; denotando-se, ainda, a influência mútua existente entre a idéia de dignidade humana e a idéia de Constituição.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 82.

²⁶ STERN, Klaus, *Staatsrecht 111/1*, p. 181; *apud* SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 61.

Neste contexto, a Constituição brasileira de 1988, estabelece, antes mesmo das minúcias da estruturação do poder político, a proteção dos direitos individuais e sociais e a tutela dos direitos difusos e coletivos; inserido-os, ainda, a todos, no rol dos direitos fundamentais reconhecidos pela República Brasileira, demonstrando, portanto, a assimilação das, ao menos, três primeiras dimensões de direitos fundamentais.

Denota-se, pois, da localização topográfica dos direitos fundamentais no âmbito da Constituição, bem como pela sua estruturação interna, em primeiro lugar, como bem menciona SARLET²⁷, maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica; em segundo lugar, como bem observou SILVA²⁸, a superação do entendimento de que os direitos individuais estão contrapostos aos direitos sociais, fundamentando-se, em seu lugar, o entendimento de que as diversas categorias de direitos fundamentais nela previstos integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, notável, inclusive na ponderação social feita aos direitos individuais em nossa atual Carta Magna.

Ainda segundo o referido autor, a compreensão dos direitos fundamentais num conjunto harmônico pela Constituição de 1988 evidencia a opção do Constituinte pela transição de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal para uma democracia de cunho eminentemente social.

Nesse sentido, BONAVIDES²⁹ igualmente propugna o caráter social de nossa atual Constituição, de modo que ela corrobora todo o desenvolvimento socializante que a doutrina constitucional brasileira vem sofrendo desde os anos de 1930; refletindo a linha de ascensão das conquistas operadas no terreno dos direitos sociais, sobretudo em matéria constitucional de processo constitucional para garantir a facticidade desses direitos.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 71.

²⁸ SILVA, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 59.

²⁹ BONAVIDES, Paulo, obra citada, p. 369.

Para BONAVIDES³⁰, portanto, os problemas constitucionais referentes à relação de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados da modalidade de ordenamento do Estado Social; ressaltando-se, deste modo, a influência que a amplitude (dimensões) dos direitos fundamentais reconhecidos e garantidos no âmbito da ordem constitucional positiva detém sobre as características da Carta Magna, inclusive no que toca à organização política do Estado.

Por outro lado, afora o conteúdo que os direitos fundamentais assumem na derradeira Constituição brasileira, imperioso mencionar estarem esses direitos, como cediço, albergados sob a proteção da imutabilidade, qual seja, a inclusão destes no rol das “cláusulas pétreas” do art. 60, §4º desta Constituição, de modo a acentuar a fundamentalidade formal desses direitos, protegendo-os, também, contra a ação de supressiva de um eventual constituinte derivado.

Em que pese, então, estarem os direitos fundamentais protegidos contra uma ação desconstrutora, supressora de seus preceitos; as normas reconhecedoras e garantidoras desses direitos, sobretudo dos sociais, por revelarem forte caráter programático e dirigente, não se encontram assaz protegidos contra uma ação “não-construtora”, “não-implementadora”. Tal circunstância, num aspecto ideal, encontrar-se-ia, com efeito, sanada pela inovadora cláusula do art. 5º, §1º, a qual determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais. Na prática, porém, como abordaremos mais minuciosamente adiante, inarredável que algumas dessas normas, seja por razões materiais, lógicas ou jurídicas, não se denotam imediatamente aplicáveis. A propósito, bem salientou BONAVIDES³¹ que o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está em “*como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos*”.

Por fim, imprescindível mencionar que se mantém, em parte conforme nossa tradição constitucional, a declaração de abertura do rol dos direitos fundamentais, a qual preceitua (art. 5º, §2º, CF), em síntese, que a relação desses direitos da

³⁰ BONAVIDES, Paulo, obra citada, p. 371.

³¹ BONAVIDES, Paulo, obra citada, p. 373.

Constituição não veda a inclusão de outros decorrentes de seus princípios e, inovando aqui, os oriundos de tratados internacionais da qual a República brasileira seja parte.

A simples leitura do dispositivo constitucional já adverte para árdua tarefa que seria vislumbrar a identificação desses direitos decorrente dos princípios. Já o mencionava Celso Ribeiro BASTOS³²:

Talvez o artigo recupere maior alcance e significação se houver por parte da doutrina e jurisprudência uma interpretação mais coerente com a natureza das normas principiológicas. Em outras palavras, se houver rigor em extrair-se as conseqüências implícitas de todos os artigos que a constituição explicitamente encerra, certamente será possível emprestar a um rol de direitos não expressos. É uma questão de coragem hermenêutica e de coerência com a aceitação dos princípios.

Com relação aos oriundos de tratados internacionais trata-se de referência de grande importância porque está a permitir a inovação dos direitos fundamentais a partir dos tratados, o que não se permitia anteriormente no Brasil. Nesse aspecto, contudo, emergem duas questões, a primeira constitui-se em aspectos formais de direito internacional, sobre a inclusão de outros diplomas de direito internacional que não os tratados; a segunda funda-se no procedimento de internalização desses direitos.

Questões controversas a parte, depreende-se, em suma, então, que o Estado brasileiro constitui-se em um modelo estado primordialmente Social, contrapondo-se, pois, ao modelo eminentemente liberal. Isto é, a Constituição Brasileira de 1988 encontra-se norteadada pelo reconhecimento dos direitos fundamentais como uma concepção harmônica. Alçou-os ao mesmo nível de influência, de modo que devem se conformar mutuamente.

Os direitos fundamentais de vertente liberal, ditos de primeira dimensão, não só perdem a primazia, mas também recebem a influência dos direitos de cunho social.

Essa influência dá-se tanto no conteúdo dos direitos individuais, alguns de nascimento já mitigado, como, por exemplo, o direito de propriedade vinculado à sua função social, bem como na forma de efetivação desses direitos individuais.

³² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ivens Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 395.

A efetivação desses direitos denotava-se, no seu aspecto constitucional, fortemente na concepção de garantias contra a ação negativa do Estado nessa esfera de direitos, reservando-se ao legislador ordinário, muitas vezes desvinculado da orientação constitucional, a delimitação dos bens-jurídicos essenciais da sociedade e das regras de direito privado. Agora, reforçou-se entendimento diverso, é igualmente reconhecida a idéia de que, muitas vezes, os direitos individuais fundamentais também podem perecer pela mera omissão pública, seja da administração ou do legislador, bem como pela ação dos particulares na esfera de sua autonomia privada; evidenciando-se, pois, igualmente a necessidade do assentamento constitucional das diretrizes da ação positiva e interventiva, ou mesmo, punitiva e sancionatória do Estado, a fim de efetivamente concretizar alguns direitos individuais.

1.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS À PROTEÇÃO

A Constituição de 1988 evidencia, então, o desenvolvimento e recepção dessa concepção objetiva dos direitos fundamentais; a qual suplanta a mera concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público.

A perspectiva objetiva, indo além da subjetiva, significa que as normas de direitos fundamentais contêm valores que fornecem diretrizes para a atuação estatal, sendo que a compreensão dessa noção é de suma importância para a compreensão da aplicabilidade, eficácia e dos destinatários das normas de direitos fundamentais.

Essa concepção surge como decorrência forçosa do crescente reconhecimento das historicamente construídas dimensões de direitos fundamentais, nas diversas ordens constitucionais positivas e, por conseguinte, na busca pela efetivação desses direitos, os quais não se acomodavam uniformemente ao formato de direito subjetivo individual.

Frise-se, aqui, como bem leciona SARLET³³, que não se está fazendo referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja, mas sim de que às normas que prevêem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, desembocando no reconhecimento de conteúdos normativos e, por conseguinte, de funções distintas aos direitos fundamentais.

Essa perspectiva objetiva das normas de direitos fundamentais preceitua, então, a atribuição de inúmeras funções a eles, dentre elas, a de ser conteúdo de diretrizes para a atuação do poder público, no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização dos direitos fundamentais, a de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e para o estabelecimento de deveres de proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado, para a garantia das instituições contra a ação erosiva do legislador, bem como para a adequação do direito fundamental individual ao interesse coletivo, além de fundamentarem o entendimento de sua eficácia irradiante e horizontal.

Neste contexto, como bem observa SARLET³⁴, percebe-se que o Constituinte de 1988 foi diretamente influenciado, quando da formatação do catálogo dos direitos fundamentais, pelas diferentes teorias formuladas sobre estes, razão pela qual a doutrina sustenta a tese de multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que de longe não mais se restringem à clássica função de direitos de defesa contra os poderes públicos.

Nesse sentido, propõe-se que a análise das normas constitucionais que preceituam direitos fundamentais deva, para a melhor compreensão de sua aplicabilidade e eficácia, ser levada a cabo mediante a identificação da função precípua a ser exercida pelos mesmos; classificando-os, pois.

Há autores que se opõem à classificação dos direitos fundamentais baseadas em suas funções, a propósito, José Afonso da SILVA³⁵ menciona que a classificação

³³ SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 144.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 156/157.

³⁵ SILVA, obra citada (Comentários), p. 58/59.

desses direitos deve se conformar ao ordenamento jurídico particular ou internacional de que se cogita, sendo que em nossa Constituição classificam-se em direitos individuais, coletivos, sociais, direitos à nacionalidade, direitos políticos e direitos solidários.

Críticas à parte, percebe-se, contudo, que a classificação por meio de critérios objetivos e funcionais, diversos dos decorrentes da técnica legislativa utilizada em nossa Constituição, é de suma importância para o estabelecimento de parâmetros objetivos para sua interpretação e até mesmo para a determinação do regime jurídico aplicável.³⁶

Neste contexto, revela-se de grande importância para o nosso estudo o reconhecimento da função dos direitos fundamentais de proteção perante terceiros, como acentua CANOTILHO³⁷, ora também denominada por SARLET³⁸ como direito à proteção.

Como bem observa CANOTILHO³⁹, muitos direitos impõem um dever ao Estado no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais, sendo que, por exemplo, o Estado tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos (é a idéia traduzida pela doutrina alemã na fórmula *schutzpflicht*). Da garantia constitucional de um direito, nestes casos, resulta um dever do Estado adotar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros; decorrendo dessa qualidade, ainda, a obrigação do Estado em concretizar as normas reguladoras das relações jurídico-civis de forma a assegurar nestas relações a observância dos direitos fundamentais.

SARLET⁴⁰, nessa linha, tendo por base a formulação de ALEXY, compreende que os direitos à proteção podem ser sumariamente conceituados como posições

³⁶ Conforme SARLET, obra citada, p. 161.

³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, obra citada, p. 409.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 170.

³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, obra citada, p. 409.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 195.

jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerência de terceiros em determinados bens pessoais, sendo que são múltiplos os modos de realização desta proteção, podendo se dar por meio de normas penais, de normas procedimentais, de atos administrativos e até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos.

Neste contexto, evidencia-se o desenvolvimento da doutrina, com o reconhecimento de que a realização do ideal da dignidade humana por meio dos direitos fundamentais na medida em que sua aplicação se der no âmbito de todas as relações sociais e não somente das firmadas entre o Estado e seus cidadãos. O Leviatã não nasceu somente para ser posteriormente acorrentado, há nele ainda a força preponderante, necessária para a efetivação do bem comum, superior às vontades egoísticas individuais, e cuja expressão máxima são os direitos fundamentais. Esses direitos limitam o próprio Estado, por que não os cidadãos?

Entra em voga, nesta conjuntura, a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Pode-se conceituar esta como a vinculação das entidades privadas às normas de direito fundamental, isto é, a sua eficácia no contexto das relações privadas.

CANOTILHO⁴¹, a propósito, menciona a formulação na doutrina de duas teorias acerca do assunto: por uma, de origem alemã, a eficácia seria direta ou imediata, aplicando-se obrigatória e diretamente as relações privadas, sem necessidade de mediação dos poderes públicos; por outra, a eficácia seria mediata ou indireta, vinculando o legislador, que teria a obrigação de estabelecer os parâmetros de proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Para o ilustre Professor, contudo, a solução vem de uma fórmula mitigada: as ditas soluções diferenciadas. Entendendo, pois, que a formulação de uma teoria sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais encontra-se no âmbito da outrora referida função de proteção perante terceiros dos direitos fundamentais, defende ele que se deve primeiramente considerar as múltiplas funções que estes direitos podem ter, sendo que, na seqüência, verificar caso a caso a solução mais adequada a cada direito fundamental em específico.

⁴¹ CANOTILHO, obra citada, p. 593.

SARLET⁴², conquanto possua entendimento levemente discrepante acerca do assunto, analisando mais detidamente a possibilidade da eficácia imediata para os particulares, sobretudo para os entes privados de grande *poder social*, igualmente acaba por reconhecer que:

No âmbito da problemática da eficácia privada dos direitos fundamentais, que as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem uma análise tópica, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteadora pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um.

Por essa linha, ao que parece, pauta-se a Constituição brasileira de 1988, na medida em que, apesar de haver sofrido notável influência da Constituição Portuguesa de 1976, não consignou, ao contrário desta, expressamente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, denotando-se, por outro lado, a implementação de soluções tópicas à questão, pontualmente elaboradas para uma solução mais adequada concretamente na proteção dos direitos fundamentais contra os particulares.

Neste contexto, exsurge, dentre outras, a norma de direito fundamental consignada no inciso XLI do art. 5º de nossa atual Constituição, a qual determina um comando ao legislador para a punição de condutas de discriminatórias; visando, pois, a efetivação e proteção na esfera das relações privadas, do direito fundamental do ser humano ou do grupo humano, de não ser injustamente discriminado por algumas de suas características, divergentes das de uma suposta “maioria”, de uma suposta “normalidade” ou até, muitas vezes mesmo, por lhes serem atribuídas as pechas de “inferioridade”.

Estas características, que são utilizadas como pretexto para a criação de exclusões e perseguições, estão contidas no mais profundo âmago de cada ser humano que a possui, decorrentes, pois, muitas vezes, de sua origem, de seu corpo, de sua sexualidade, pertencentes intrinsecamente a personalidade humana e essenciais para a sua existência plena e digna.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 344.

É cediça a existência desse quadro de preconceito no decorrer da história humana, repercutindo fortemente nos dias atuais. Notável igualmente que os seres ou grupos humanos que são injustamente discriminados o são nos mais variáveis campos da atuação e do relacionamento humano.

O Estado é um ente não-humano. Existindo um mínimo de racionalismo em um Estado, este não albergará preconceito e sim a igualdade; o preconceito e, conseqüentemente, as suas formas de exteriorização, são fenômenos peculiarmente pertencentes à psicologia humana, revelando-se, então, principalmente nos relacionamentos entre humanos, entre particulares.

A efetividade desse direito fundamental, assim, decorre principalmente do grau de respeito deste pelos particulares, de todos eles, dos que possuem patrimônio e dos que não possuem, e em todas as relações possíveis de serem firmadas, como, por exemplo, as comerciais, familiares ou trabalhistas.

O dano à personalidade advindo da conduta discriminatória igualmente é inauferível e irreparável; sendo imprescindível e notável, pois, a utilização pelo Estado, nesta proteção, principalmente do caráter fragmentário e preventivo do direito penal.

2 - A NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 5º, XLI

Como se vê, a norma constitucional do art. 5º, XLI é instrumento na busca pela efetivação de uma sociedade igualitária e sem preconceitos; conformando-se, pois, especialmente, à guisa de outras medidas constitucionais de caráter diverso na realização destes objetivos, como forma de assegurar e proteger o exercício do direito humano fundamental a não ser discriminado.

Nesse sentido, uma das formas encontradas pelo constituinte de estabelecer esta proteção deu-se mediante a imposição da criação de leis que punam qualquer discriminação que seja dissonante dos direitos fundamentais.

A par disso, sabe-se igualmente que há o direito fundamental do *nulla poena sine lege*, isto é, não haverá punição a uma conduta sem lei prévia e expressa que lhe

comine uma pena. De tal modo torna-se dificultoso promover a tese da auto-executabilidade deste dispositivo.

Por outro lado, deparamo-nos com a inércia do legislador, o qual pouquíssima relevância dá ao tema, sem que promova, em que pese a decorrência do tempo de quase vinte anos da promulgação da Carta Maior, os devidos debates e discussões acerca do tema e, quanto menos, a concretização de leis que cumpram o impositivo comando do constituinte e, por conseguinte, que realizem plenamente os ideais de dignidade humana.

No que toca ao racismo, espécime do gênero maior das discriminações atentatórias dos direitos fundamentais, a questão encontra-se em maior grau de evolução, bem como de concretização, com a promulgação da Lei 7.716/89. Tal pode-se atribuir, talvez, ao fato de que a imposição da punição ao racismo já advenha da anterior Constituição, possivelmente revelando o progresso conscientizador que a anterior Carta Magna trouxe nesse aspecto. Deve-se levar em conta que também atualmente ainda há dispositivo constitucional que expressamente o menciona como crime; especialmente punido, aliás.

Com relação a outras possíveis discriminações atentatórias, decorrentes de origem diversas, como por exemplo, a orientação sexual, pouco se tem construído no Congresso Nacional.

Em que pese esta circunstância, interessante mencionar que muito tem se feito para a evolução dessa proteção em outros níveis de atuação estatal, que, libertados do isolamento de Brasília, estão mais sensíveis as demandas populares e aos apelos de grupos de defesa das minorias. Cite-se, aqui, a necessidade do estudo da possibilidade do exercício do poder sancionatório administrativo nessa esfera de atuação, já exercido por alguns Municípios.

Procurando, pois, melhor elucidar algumas questões, adentraremos ao estudo mais a fundo da norma constitucional.

2.1 A GÊNESE DA NORMA: PRECEITOS ANÁLOGOS DE OUTRAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.

Desde a Constituição Política do Império Brasileiro de 1824, a igualdade vem sendo considerada como um dos valores fundamentais do Estado Brasileiro. Nesta já se assegurava que “a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. A igualdade aqui, por certo, na sua realidade, emanava os ares, sequer liberais, mas ainda do período absolutista e escravista. Não sendo verificada, com a menor rasura sequer, a preocupação com a abolição da escravidão e, quanto mais, com a discriminação racial. De rigor mencionar que, apesar desta Constituição ter sido outorgada em 1824, a aceitação jurídica da escravidão se deu até 1888, sendo, aliás, último país do mundo a aceitá-la. Isto é, o direito de igualdade não alcançava a população negra escravizada até aquela data.

Na primeira Constituição da República brasileira, de 1891, igualmente encontrava-se a norma isonômica, refletindo, agora, contudo, o espírito republicano da elite cafeeira brasileira, cuja preocupação maior era a mudança das regras do jogo político, a fim de que, diferentemente do regime monárquico, pudessem participar plenamente do poder. A ênfase dada pelo constituinte republicano foi que a igualdade “não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as origens bem como os títulos nobiliárquicos de conselho”. Destarte recém abolida a escravidão, nada se preocupou o constituinte sobre o assunto. Sabe-se, quanto a isso, a complicada situação que se verificou com os negros libertados, substituídos por imigrantes nos postos de trabalho e, por conseguinte, postos à margem da sociedade.

Bem menciona Hédio SILVA JÚNIOR⁴³ o fato de a Constituição de 1891, apesar de ampliar os direitos civis e políticos, “indiretamente impede o acesso dos negros às urnas – ao impor a alfabetização como requisito para o direito de sufrágio

⁴³ SILVA JÚNIOR, Hédio. *Direito de igualdade racial. Aspectos constitucionais, civis e penais. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 08.

num país recém saído do escravismo; além de excluir outros segmentos, a exemplo das mulheres" (cf. art. 70, §2º).

A Constituição que se sucedeu, a de 1934, como se sabe, adveio após a mudança dos ares mundiais em 1929, que abalaram o sistema capitalista liberal mundial e, por conseguinte, o capitalismo liberal brasileiro, fomentado também a Revolução de 30. Encabeçada pelo candidato derrotado nas eleições presidenciais e governador do Rio Grande do Sul, Getúlio Vargas, esta buscava dar uma nova feição ao Brasil. Contava com o apoio de setores sociais relativamente novos na sociedade brasileira, como a recém surgida classe operária, fruto dos primeiros surtos industriais brasileiros, bem como de uma classe média urbana formada por militares e profissionais liberais.

Como se vê, deflagrado o golpe político, a Constituição somente surgiu quatro anos depois, não sem percalços, contando-se entre eles a Revolução Paulista de 1932, que a exigia do governo revolucionário.

De qualquer modo, a Constituição de 1934, inspirada basicamente na Constituição alemã de Weimar de 1919 e na Constituição espanhola de 1931⁴⁴, trouxe em seu texto mudanças, reinvidicações mais populares, simbolizando, de certo modo, a derrocada da supremacia da antiga classe agrícola e oligárquica, de cunho estritamente liberal, que dominava a política brasileira até àquele período. Pela primeira vez, aliás, foi incluído no texto constitucional brasileiro um tópico sobre a ordem econômica e social⁴⁵.

O enfoque que se passou a dar no princípio isonômico traduziu a influência das reivindicações dos grupos populares brasileiros, que começavam a se organizar. Diz o texto que "não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas". Evidenciando-se, pois, uma mudança qualitativa no rol dos fatores de discriminação desde logo, erigidos, como odiosos. São notáveis as inclusões do fator sexo e raça. Normas protetivas constitucionais, contudo, ainda não são encontradas.

⁴⁴ SILVA, Luiz Marlo de Barros Silva. *O Direito de greve como direito constitucional*. Curitiba, 1991, p. 197.

⁴⁵ SILVA, Luiz Marlo de Barros Silva, obra citada, p. 197.

Por outro lado, encontra-se já no texto da dita Constituição o recrudescimento das ideologias fascistas e nacionalistas, face ao problema do imigrante, como no caso dos japoneses (a polêmica “emenda antinipônica”⁴⁶); prescrevendo, pois, o ensino da eugenia (cfr. art. 138), bem como a fixação de restrições étnicas na seleção dos imigrantes (cfr. art. 121, §6º). Buscava-se de um lado a afirmação de uma identidade brasileira mestiça (branca, negra e índia) e de outro a consolidação desta identidade contra elementos externos de influência recente.

Sobre Constituição de 1937, golpista e ditatorial, introduzida após sorrateiro golpe político, pouco a que se falar sobre o assunto, eis que sua preocupação central foi a manutenção do poder por Getúlio Vargas e seu grupo político⁴⁷. Autoritária e centralista, não se marcou nela nenhuma evolução, mas sim involução pela extração do texto constitucional do rol exemplificativo das discriminações odiosas, reduzindo o texto da isonomia ao ilustre vocábulo: “todos são iguais perante a lei”.

A democrática Constituição de 1946, em que pese a circunstâncias de já se inserir no contexto do pós-guerra, não trouxe nenhum enfoque específico no que toca a igualdade. A par disso, passou a reconhecer a limitação da liberdade de manifestação do pensamento em relação à igualdade, vedando, pois, a propaganda de preconceitos de raça ou de cor.

A grande inovação constitucional na proteção contra a discriminação foi trazida pela Constituição de 1967, a qual estabeleceu, ao lado da igualdade, que “será punido pela lei o preconceito de raça”. Este dispositivo permaneceu intacto à Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Tratou-se, então, de grande inovação no histórico constitucional brasileiro, alçando à dignidade Constitucional a obrigação dever do Estado de proteção contra a discriminação. Tarefa a qual sobreveio aos dias atuais, por meio da Constituição de 1988, a qual enrijeceu o tratamento penal dado ao racismo e alicerçou as bases para a proteção de outras discriminações igualmente odiosas.

⁴⁶ MORAIS, Fernando. *Corações sujos*. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 251.

⁴⁷ SILVA, Luiz Marlo de Barros Silva. *O Direito de greve como direito constitucional*. Curitiba, 1991, p. 198.

2.2 O ATO LESIVO AOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS E A AÇÃO DISCRIMINATÓRIA A ELES: DISTINÇÕES.

O inciso XLI do art. 5º da nossa Constituição preceitua que: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Esta norma, como visto, enquadra-se à concepção de CANOTILHO da função de proteção perante terceiros dos direitos fundamentais, isto é, trata-se de um direito fundamental que visa a proteção de direitos fundamentais contra a lesão de particulares. Ou mesmo a busca pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais da igualdade e da pluralidade, neste caso, a opção pela eficácia mediata, cabendo ao legislador a ponderação, por exemplo, entre os princípios da autonomia privada, da liberdade de expressão e igualdade, de modo a editar a norma protetiva.

A eficácia horizontal busca-se aqui por intermédio da lei, tendo esta por fim somente a proteção do direito e não a conformação de uma regra de direito privado ao caráter irradiante dos direitos fundamentais.

Denota, de qualquer modo, a opção pelo constituinte de 1988 pela análise casuística das peculiaridades da problemática da efetivação de um direito fundamental no âmbito das relações privadas.

A doutrina brasileira tende a compreendê-la, baseada na tradicional classificação entre direitos, liberdades e garantias, como garantia constitucional do direito à igualdade.

Nesse sentido, José Afonso da SILVA⁴⁸ qualifica a presente norma como garantia penal de direitos fundamentais, sendo que este seria, especialmente, o direito à igualdade, correlacionado, ainda, com os objetivos da República (art. 3º).

Para Alexandre de MORAES⁴⁹, trata-se de garantia constitucional de eficácia limitada, portanto não auto-executável e dependente de integração legislativa ordinária,

⁴⁸ SILVA, José Afonso, obra citada (Comentários), p. 139.

⁴⁹ MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 225.

qualificando-a, ainda, como verdadeiro instrumental à proteção do princípio da igualdade.

BASTOS⁵⁰, por outro lado, lucidamente leciona que se trata de uma garantia atípica do princípio da igualdade, apontando o fato de que as garantias tradicionais revestem-se de formas de acesso privilegiado ao Poder judiciário, ausente neste caso; ressaltando ele, contudo, que o problema chave suscitado por esta norma é o de limitar qual o campo material passível de vir a ser coberto pela lei.

Para ele, a utilização do termo discriminação não deve ser levada em pequena monta. A discriminação, aqui, tem um sentido estrito, a fim de bem diferenciar da interpretação que abarcaria qualquer lesão a direito ou liberdade fundamental no âmbito da punição. Bem o explicita o autor:

Esta opção vocabular é extremamente relevante. Lesar um direito é ofendê-lo, contrariá-lo. É comportar-se de molde a desrespeitar o comando legal e conseqüentemente incorrer na sanção respectiva. Muito remotamente, toda lesão é também uma discriminação, na medida em que pela prática do ato viciado distingue-se a vítima das demais pessoas. Mas aqui a discriminação é uma resultante do comportamento injurídico. Mas não é ela mesma a injuricidade. O que o Texto Constitucional quis punir são exatamente as discriminações. A desequiparação das pessoas que em teses deveriam ser tratadas igualmente é que abre ensanchas à configuração de uma hipótese delituosa.

Para J. CRETELLA JÚNIOR⁵¹, do mesmo modo, a discriminação sempre atenta contra o princípio da igualdade.

A propósito, José Afonso da SILVA⁵² define a discriminação como o vocábulo que “qualifica uma série de situações ou práticas que se consideram radicalmente contrária à dignidade humana, que supõem a negação a determinados indivíduos de sua condição de pessoa humana”.

Não se trata, pois, da punição de qualquer lesão a direito ou liberdade fundamental. Assim fosse o campo de incidência da norma punitiva seria

⁵⁰ BASTOS, Celso Ribeiro, obra citada, p. 216/219.

⁵¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 479.

⁵² SILVA, José Afonso, obra citada, p. 139.

desnecessariamente vastíssimo e, em alguns casos, inadequada. Como visto anteriormente, os direitos fundamentais podem, aliás, como corriqueiramente ocorre, serem lesionados pelo próprio Estado. A efetividade destes direitos não necessita de uma lei punitiva, mas sim de instrumentos que sanem a atuação contrária aos direitos fundamentais. Ou no caso de lesão por omissão, de instrumentos que implementem a prestação necessária. Mesmo no caso da lesão por particulares, como bem observou CANOTILHO, a proteção pode se dar meios mais adequados a cada caso.

Percebe-se, então, que a proteção que a constituição determina volta-se estritamente contra os atos discriminatórios injustos, isto é, tão somente as condutas que configurem uma negação constitucionalmente injustificável de uma condição de igualdade a que a vítima tem direito, ou seja, a ação movida por constatável preconceito; sendo que esta interpretação igualmente é reforçada por uma análise sistemática, já que esta norma se encontra casada àquela que preceitua uma punição especial à prática do racismo, notável forma de discriminação atentatória dos direitos fundamentais.

Com relação à expressão “discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, pretendeu o constituinte ressaltar o carácter harmónico dos direitos fundamentais, de modo que a punição aos atos discriminatórios seja levada a cabo mediante a devida aceção da igualdade e da não-discriminação, bem como pela ponderação desses direitos em relação a outros inúmeros direitos fundamentais que podem vir a lhe afligir, como, por exemplo, o direito à liberdade de expressão, de liberdade de cátedra e o princípio da autonomia privada.

Por outro lado, como anteriormente exposto na opção pela utilização do vocábulo de direitos fundamentais em detrimento de outras denominações, não traz grandes dificuldades a utilização pelo Constituinte também da aceção “liberdades fundamentais”, eis que, a nosso ver, a utilização da expressão “direitos fundamentais” já a engloba. Neste aspecto, parece concordar José Afonso da SILVA⁵³, o qual menciona “que bastava dizer ‘direitos fundamentais’, pois as ‘liberdades’ se incluem entre eles”.

⁵³ SILVA, José Afonso. Obra citada, p. 139.

Assim, prossegue o ilustre Professor, pode-se considerar que a discriminação atentatória de direito fundamental é “aquela que se funda num preconceito negativo em virtude do qual os membros do grupo são tratados como seres não já diferentes, mas inferiores”.

2.3 PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO

A respeito, deve-se ressaltar que discriminação e preconceito são conceitos visceralmente distintos. Pode-se dizer que o preconceito é um sentimento, e mesmo uma atitude em relação a uma raça, etnia, sexo, decorrente da internalização de crenças racistas e a discriminação, a sua manifestação exterior por meio de condutas.

Nesse sentido igualmente Aurélio Buarque de Holanda FERREIRA⁵⁴ enfatiza que preconceito vem do latim *praeconceptu* e, entre as suas varias acepções, ocorre a de conceito ou opinião formados antecipadamente, sem se levar em conta o fato que os conteste, e de intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões. Discriminação, por outro lado, é o ato de separar, segregar, apartar.

Do mesmo modo, CRETELLA JÚNIOR⁵⁵ enfatiza que a discriminação, divergindo do preconceito, é uma conduta ou vontade exterior do homem, projetada no mundo exterior, transitivada e, pois, regulada pelo direito, por limitar o exercício do direito do indivíduo discriminado.

Com relação ao preconceito, o autor enfatiza seu caráter interno, afirmando mesmo que “o indivíduo, interiormente, no fórum *internum*, pode ter preconceitos, sem que isso prejudique as relações humanas de que participa, já que o animus, o interior do homem, o ato intransitivado, é do domínio de ciência estranha ao mundo do direito”.

⁵⁴ Conforme FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua portuguesa*.

⁵⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 480.

Katia Elenise Oliveira da Silva, baseada em ensinamentos de R.D. Hishelwood, nesse sentido, consigna que:

(...) o preconceito é estudado por várias áreas do conhecimento humano, mas deve-se à psicologia a melhor explicação de como se processa o preconceito em cada um nós, uma vez que a preconceção é uma capacidade humana de ter experiências psicológicas, sendo uma 'entidade psicológica à espera de uma realização que se acasalará com ela. A preconceção inexperenciada acasalada com uma realização produz uma concepção e, desta, pensamentos e o pensar podem se desenvolver⁵⁶

Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer, por sua vez, alicerçam-se em vínculo com o Direito positivo, entendendo que o “preconceito representa uma idéia estática, abstrata, pré-concebida, traduzindo opinião carregada de intolerância, alicerçada em pontos vedados na legislação repressiva”⁵⁷.

De qualquer modo, percebe-se que a presente norma não tem por escopo principal a concretização de uma sociedade sem preconceitos, mas sim o de que, ao menos, esse preconceito não se exteriorize seus malefícios na sociedade. Abarcadas pela esfera do comando punitivo estão apenas as condutas discriminatórias, segregatórias efetivas, ou de divulgação do preconceito, que interferem nas relações sociais.

Como bem asseverou Cristiano Jorge Santos, “somente será possível a punição do agente se houver, por qualquer forma, exteriorização do preconceito, sendo a mera elaboração intelectual um indiferente penal.”⁵⁸

O preconceito, enquanto parte integrante da consciência individual, não pode ser, de fato, conquanto reprovável, avassalado por punições ou sanções, seria imiscuir-se demasiadamente e inutilmente na personalidade de um ser humano, o qual muitas vezes não tem plena consciência e controle de seus pensamentos e crenças.

A nosso ver, a efetivação de uma sociedade sem preconceitos, como objetivo da República brasileira, será alcançada por meio da implementação de ações públicas (ou

⁵⁶ SILVA, Katia Elenise Oliveira da. *O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 113-114.

⁵⁷ *Dos crimes de discriminação e preconceito: anotações à Lei 8.081, 21.9.1990*, p. 329.

⁵⁸ SANTOS, Cristiano Jorge. *Crimes de Preconceito e discriminação*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 40.

mesmo particulares), voltadas à educação, arte e cultura e outras formas de conscientização e sensibilização humana, visando, pois, a desconstrução pacífica das ideologias preconceituosas nas mentalidades individuais e coletivas. É um processo de convencimento e de longuíssimo prazo.

A norma protetiva em tela, por outro lado, pretende a proteção de direitos já reconhecidos e alicerçados e que são indevidamente lesados. Preceitua a punição contra as condutas discriminatórias, que extravasam a consciência individual, ora ferindo, desde logo, a dignidade a que outras pessoas ou grupos de pessoas têm como direito fundamental, ora apregoando a difusão de sua crença, atuando, pois, contrariamente à construção de uma sociedade sem preconceitos e, por conseguinte, ameaçando a própria República em seus princípios e objetivos.

2.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE: CONTEÚDO JURÍDICO E OS CRITÉRIOS CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDOS DE DISCRIMINAÇÃO.

Como visto, a Constituição por meio desta norma propugna ao legislador a proteção do direito fundamental da igualdade. Na assertiva de José Afonso da SILVA, baseada no precioso legado de Ruy Barbosa, a norma em conteúdo é a garantia constitucional da igualdade.

Neste toar, uma meditação mais acalmada acerca do direito à igualdade torna-se imprescindível ao entendimento pleno dessa norma protetiva e, conseqüentemente de nosso estudo.

Para José Afonso da SILVA⁵⁹, a igualdade constitui o signo fundamental da democracia, não admitindo os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra; sendo que, contudo, as Constituições só tem reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal: igualdade perante a lei.

Desde a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cunhou-se o princípio de que os homens nascem iguais em direitos; evidenciando, pois,

⁵⁹ SILVA, José Afonso, obra citada, p. 70.

que no surgimento das primeiras idéias Constitucionais, a opção pela afirmação da igualdade na sua acepção jurídico-formal, de caráter puramente negativo, visando tão somente a abolição de privilégios e regalias perante o ordenamento jurídico.

A essa idéia de direito à igualdade atribui-se a denominação de formal.

Essa concepção de igualdade como uma equiparação em direitos é a que logrou firmar-se no contexto das revoluções burguesas e, conseqüentemente, nos primeiros Estados constitucionalmente firmados.

Essa idéia, num âmbito de uma ampla gama de discussões sobre a acepção de igualdade, contrapõe-se a basicamente a uma outra idéia de igualdade, a qual se denomina substancial.

Tratar-se ia, conforme leciona BASTOS⁶⁰, basicamente da postulação de tratamento igual de todos os homens, não perante o direito, mas sim de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida; sendo que, conquanto a sua carga humanitária, nunca se realizou em qualquer sociedade humana pelos inúmeros fatores que obstaculizam, notoriamente de caráter metajurídico.

Na evolução das Constituições e dos direitos fundamentais essa acepção não se mostrou de toda desconhecida, apresentando-se mesmo, ao lado da igualdade formal, sob a forma de normas programáticas, tendentes a planificar desequiparações muito acentuadas na fruição dos bens da vida, quer materiais, quer imateriais.

Não é outra a orientação de nossa Constituição, como bem observa José Afonso da SILVA⁶¹, na medida em que a norma do art. 5º, *caput*, deve ser analisada tendo em mente outras normas constitucionais, especialmente nas que se traduzem na exigência de justiça social, nos objetivos da ordem econômica e da ordem social. Para ele:

(...) a constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limita ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também a igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação.

⁶⁰ BASTOS, Celso Ribeiro, obra citada, p. 5.

⁶¹ SILVA, José Afonso, obra citada (Com), p. 72.

A par de uma discussão mais pormenorizada sobre a tradução filosófica ou jurídica da idéia de igualdade, cumpre-nos com mais rigor, para os fins deste estudo, a análise detida sobre a própria igualdade dos homens perante o direito (ou no direito), questão que por si só já é deveras problemática.

Sobre o assunto, Celso Ribeiro BASTOS⁶² menciona, desde logo, que a exata inteligência de sua significação remanesce difícil. Tal circunstância ocorre, segundo ele, por sua origem na Revolução Francesa, a qual tinha por objetivo abolir a sociedade estamental então vigente, a existência de classes sociais com direitos e obrigações berrantemente diversas.

Criava-se, então, uma forma de evitar tais distinções. Não trouxe esta formulação pronta consigo, contudo, a estruturação jurídica necessária para a viabilização desse direito na realidade. Não se tinha bem formada a noção de que algumas desigualdades são intrínsecas a certos tipos de norma. Outras, ademais, necessárias e justas conforme a finalidade da norma ou do ato estatal. Naquele ambiente jurídico familiarizado com a desigualdade como algo natural, essa circunstância havia passado despercebida. A ciência jurídica não possuía a preocupação de demonstrar logicamente, coerentemente aos princípios e normas jurídicas, a justificação da ocorrência das desigualdades. Elas inseriam-se, conquanto justas e necessárias, no mesmo “balaio” das desigualdades entre “os três estados”, isto é, não precisavam ser justificadas, fundamentadas. A desigualdade era um estado natural das coisas.

Com o desenvolvimento, porém, das ordens jurídicas fundadas na igualdade de todos perante a lei, inclusive a brasileira, e pela sua aplicação prática, passou-se a ser delineada pela ciência jurídica a fundamentação das desigualdades que não afligiam o princípio da igualdade, mas que mesmo, pelo contrário, o realizavam.

Deve-se ressaltar, primeiramente, na linha do exposto por BASTOS⁶³, que em nossa Constituição a igualdade não se trata de um direito individual como os demais, mas sim, denota-se, inclusive por encabeçar a lista dos direitos individuais e coletivos, como verdadeiro princípio a informar e a condicionar todo o restante do direito, não se vendo recanto onde ela não seja impositiva.

⁶² BASTOS, Celso Ribeiro, obra citada, p. 13.

⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro, obra citada, p. 12.

Verifica-se, nesse sentido, a própria aplicação da técnica legislativa a fim de reforçar a perspectiva objetiva desse direito fundamental. Mostrando-o claramente como princípio a informar todo o restante da ordem jurídica.

Cabe, ainda, contudo, delimitar-lhe o conteúdo, verificando, ainda, os destinatários dessa norma.

Para Hans Kelsen⁶⁴, a igualdade formal basta-se na igualdade perante a lei, já que aos aplicadores do direito somente é permitido tomar em conta àquelas diferenciações que sejam feitas nelas, decorrência implícita do princípio da legalidade. Sendo que, assim, o princípio da isonomia destinar-se-ia principalmente aos criadores das normas, ao legislador.

Do mesmo modo, José Afonso da SILVA⁶⁵ conclui que “o mandamento da Constituição se dirige particularmente ao legislador e, efetivamente, somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento”. Para ele, então, o executor da lei já está necessariamente obrigado a aplicá-la de acordo com os critérios constantes da própria lei.

Alexandre de MORAES⁶⁶, por outro lado, entende que o princípio da igualdade opera em dois planos distintos. De um, dirige-se ao legislador e ao executivo, quando este edita leis, atos normativos ou medidas provisórias. De outro, dirige-se à autoridade pública, a fim de que este aplique as normas de maneira igualitária. Compreende ele, divergindo dos outros dois autores, que os intérpretes da norma, executivo e judiciário, também estão em condições de criar desequilíbrios injustos. Em especial o poder judiciário, quando despido de instrumentos efetivos à uniformização de suas decisões, decidindo, pois, diversamente sobre a aplicação de uma lei.

De nossa parte, destarte não tenhamos envergadura suficiente para optar satisfatoriamente por qualquer das opiniões, entendemos que, para a conclusão deste capítulo, devemos fixar-nos na posição que vincula o princípio isonômico principalmente ao editor dos atos normativos gerais (seja o legislativo ou o executivo), sendo que os

⁶⁴ Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado, 3. ed., Coimbra: Armênio Amado Editora., p. 204.

⁶⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 214.

⁶⁶ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 32.

intérpretes e aplicadores, a questão delimita-se, mais propriamente, a uma correta aplicação da legalidade.

Neste sentido, como bem assevera BASTOS⁶⁷, é cediço que a discriminação de situações pela lei é normal, sendo mesmo essa a sua função. A questão cinge-se, então, a estabelecer o que não pode ser usado como fator de discriminação sem ofensa ao princípio da igualdade.

Para ele, conquanto o próprio dispositivo constitucional da isonomia, exemplifique a vedação a distinções baseadas, por exemplo, no sexo e raça, a legitimidade da desequiparação não reside na mera proibição de certos fatores, eis que estes, dependendo da finalidade da norma, podem ser justos. A isonomia, então, deve ser sempre aferida por um binômio: elemento discriminador *versus* finalidade da norma. O elemento discriminador não é autônomo em face do elemento finalidade. Em suma: uma vez definida a finalidade da norma, o fator discriminante há de ser aquele que delimite com rigor e precisão quais as pessoas que se adaptam à persecução do *telos* normativo.

Não é outra a lição do Mestre Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO⁶⁸ em sua inigualável obra “Conteúdo jurídico do princípio da igualdade”:

As distinções são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Assim, chega-se atualmente há certo consenso sobre a questão, concluindo-se que a desequiparação será válida se houver correlação lógica entre o fator de discriminação e a finalidade da norma, e ainda, a correlação desta com os interesses protegidos na Constituição.

Contudo, trata-se, na prática, de uma análise muito dependente das circunstâncias concretas em que se dará a desequiparação.

⁶⁷ BASTOS, Celso Ribeiro, obra citada, p.08/09.

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 17.

A sutil análise dessa correlação, como se vê, já se mostra complicada na edição de leis, cujas finalidades estão diretamente vinculadas aos objetivos e interesses consignados na Carta Maior. E, no caso dos particulares, ao submeterem-se ao princípio da igualdade, como se dará essa verificação, já que regidos, sobretudo, por sua autonomia?

A questão principia-se com a eficácia do direito à igualdade nas relações privadas.

Como anteriormente exposto, muito se debate acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ocorrem inúmeras posições, já mencionadas neste trabalho, como por exemplo, a de CANOTILHO, a qual entendemos ter sido adotada pelo Constituinte brasileiro e, por conseguinte, ser a mais adequada neste estudo.

Na solução de CANOTILHO a busca pela efetividade dos direitos fundamentais nas relações sociais pode se realizar mais adequadamente, caso a caso, pela análise das inúmeras funções que os direitos fundamentais podem assumir e a eficácia que estes podem deter. O próprio constituinte, a nosso ver, pode estabelecer comandos específicos adequados para dar efetividade social a um direito fundamental. A depender de norma integradora ou não.

Entendemos ser este o caso da igualdade, erigido ora como princípio informador da ordem constitucional e jurídica, ora como direito subjetivo individual e igualmente protegido contra a lesão de particulares.

O constituinte, ao verificar a necessidade do respeito à igualdade pelos particulares, constatou que ela não se daria somente pela irradiação de seus efeitos nas regras de direito privado. A autonomia da vontade é muito marcante nesta área, dando margem a discriminações injustas (sobretudo, oriundas do preconceito) nesta esfera, não controlada por lei.

Como bem observa BASTOS⁶⁹, o cidadão tem direito a não ser diferenciado por outros particulares nas mesmas situações em que a lei também não poderia diferenciar, ocorrendo, contudo, que “no direito civil reina um princípio amplo de autonomia da vontade”, sendo que, assim, “as partes podem se determinar por critérios os mais

⁶⁹ BASTOS, Celso Riberio, obra citada, p. 14.

diversos possíveis, sem necessidade inclusive de explicitá-los”. Para ele, é inegável “que nas relações civilistas a detecção de situações de desequiparação incondicional é muito difícil. É óbvio, contudo, que as próprias leis civis estão sujeitas integralmente ao princípio da igualdade”.

O implemento do direito à igualdade diretamente pelo Judiciário, por um acesso privilegiado, por uma verdadeira garantia, também não seria a melhor solução. Qual a vantagem em obrigar algum, por exemplo, restaurante, por meio do judiciário, a aceitar uma pessoa outrora desigualmente rejeitada? E o ofendido? Vai querer ir novamente ao recinto, agora acompanhado de alguns oficiais de justiça? Cremos que não.

Nesse sentido, a utilização de um instrumento punitivo ou sancionatório mostra-se como a melhor forma de implementar a proteção do direito à igualdade contra a ação de particulares, justamente por seu caráter fragmentário, subsidiário e, sobretudo, preventivo.

A propósito, ressalta Alexandre de MORAES⁷⁰ que também o particular deve respeitar a direito à igualdade, não podendo pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sendo que, nesse caso, a proteção dá se inclusive por meio da legislação penal.

Assim sendo, chega-se a solução diferenciada da norma de direito fundamental do inciso XLI do art. 5º da nossa Constituição, a qual determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Pretendendo, diga-se, proteger o direito à igualdade contra ações lesivas dos particulares, e sabendo, desde logo, da necessidade de lei prévia para qualquer punição, estabeleceu a obrigação ao legislador de estabelecer a punição, erigindo, de certo modo, a igualdade a bem jurídico fundamental.

⁷⁰ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 32.

2.5 A LEI PUNIRÁ: APLICAÇÃO E EFICÁCIA DA NORMA.

Consoante o disposto no §1º do art. 5º, de nossa Constituição, sabe-se que, *a priori*, “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Para Flávia C. Piovesan⁷¹, o dispositivo determina:

(...) aos poderes públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Este princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar direitos prerrogativa diretamente aplicáveis pelos poderes legislativo, executivo e judiciário”.

Nesse sentido, igualmente compreende Ingo Wolfgang SARLET⁷², baseado nos ensinamentos de Jorge MIRANDA, para quem o dispositivo preceitua principalmente “que cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos deve tomar os direitos fundamentais como ‘baliza e referencial’”.

Para os fins de nosso estudo, contudo, tal acepção do sentido da norma não é o suficiente. Buscamos o estabelecimento de parâmetros, ainda que não unânimes na doutrina, para definirmos quando uma norma de direito fundamental é imediatamente aplicável e quando não.

Nesse sentido, a aplicação imediata, como bem observa Celso Ribeiro BASTOS⁷³, deve ser inserida na temática ampla da aplicabilidade das normas constitucionais, compatibilizando-a, principalmente, com a circunstância de que a própria Constituição nega aplicabilidade imediata a essas normas. Para ele, “o que deve ser entendido pelo dispositivo ora comentado é que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata tanto quanto possível”, isto é, terão aplicação imediata todos os direitos e garantias fundamentais não obstados por

⁷¹ PIOVESAN, Flávia C. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 4ª ed., São Paulo: Max Limonad, p. 57.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, p. 326.

⁷³ BASTOS, Celso Ribeiro, obra citada, p.392/393.

uma expressa referência da norma a uma legislação integradora e os que não estejam acentuadamente desprovidos de um conteúdo mínimo.

Deste modo, como o próprio BASTOS⁷⁴ observa, a norma de direito fundamental expressa no inciso XLI do art. 5º de nossa Constituição não detém aplicabilidade imediata. Há claramente consignada na norma a exigência da lei integradora.

Nesse caminho parece concordar a doutrina nacional.

Na visão de Alexandre de MORAES⁷⁵, esta norma de direito fundamental, prevista como verdadeiro instrumental à proteção do princípio da igualdade, possui, indubitavelmente, eficácia limitada, caráter não auto-executável e dependente de integração legislativa ordinária.

CRETELLA JÚNIOR⁷⁶, no mesmo sentido, compreende como inevitável a edição de imediato de regra jurídica ordinária penal para definir e punir qualquer ato que implique na prática de discriminação.

O dispositivo em conteúdo, aliás, encontra-se inserido sistematicamente entre os direitos fundamentais que estabelecem os princípios penais constitucionais; demonstrando, desde logo, a necessidade de harmonização desse preceito com aqueles princípios e garantias.

A nosso ver, ao definir a proteção ao direito fundamental da igualdade, o Constituinte não pretendeu estabelecer uma super proteção contra a discriminação, a qual superaria as ancestrais garantias dos cidadãos contra o poder punitivo estatal (legalidade, anterioridade, irretroatividade), mas tão somente estabelecer, conforme estes paradigmas, como bem jurídico fundamental, tirando-lhe da livre disponibilidade do legislador.

É de se concluir, então, que se sagra como intangível a aplicação imediata do dispositivo punitivo da discriminação. Inevitavelmente a punição a qualquer pessoa que cometa uma discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais deverá se

⁷⁴ BASTOS, Celso Ribeiro, obra citada, p. 217.

⁷⁵ Moraes, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 225.

⁷⁶ CRETILLA JÚNIOR, José, obra citada, p. 479.

dar mediante o enquadramento da conduta em uma tipificação previamente estabelecida em lei.

3 - O ATO DISCRIMINATÓRIO COMO CONDUTA PUNÍVEL

Inegável, pois, a importância da igualdade entre os cidadãos em uma sociedade. Não apenas no aspecto de suas relações com o Estado, mas também entre si.

A existência digna do ser humano é dependente de sua participação desembaraçada na sociedade e de seu pleno reconhecimento por esta.

Atento a isto, o constituinte buscou estabelecer uma forma de proteger a pessoa contra a discriminação. Protege-la contra atos de particulares que lhe embarcem uma convivência social plena, bem como contra comportamentos que pretendam negar-lhe a condição de igual.

Como visto, a maior parte da doutrina tende a considerar a norma constitucional do inciso XLI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 como uma forma de proteção ao princípio da igualdade, seja como o direito fundamental na sua função de proteção, como defende Sarlet, seja como garantia, como defende José Afonso da Silva, ou, ainda, como garantia atípica, como defende Celso Ribeiro Bastos.

Do mesmo modo, apontam que a efetivação desta proteção se dará por meio da lei a ser instituída pelo legislador ordinário, que deverá tipificar as condutas discriminatórias incompatíveis com a Carta Maior.

Nesse sentido adentraremos, levando-se em consideração as questões já analisadas, sobretudo no que se refere ao princípio da igualdade, a discriminação e o preconceito, na verificação dos critérios pelo qual o legislador deverá se pautar no cumprimento do comando constitucional, bem como no estudo, a partir destes parâmetros, das leis já existentes acerca do assunto.

3.1 SOCIEDADE E DISCRIMINAÇÃO.

Como visto, a norma constitucional da isonomia direciona-se principalmente ao legislador. Na medida em que a lei trata-se em sua essência de discriminar pessoas e situações e estabelecer as conseqüências jurídicas pertinentes, ele deve pautar-se segundo critérios que estabeleçam uma correlação constitucionalmente válida entre o fator utilizado como discriminador e a finalidade da norma, de modo a não ferir o princípio isonômico.

Com relação ao administrador, entendemos que o respeito à isonomia lhe é decorrente do princípio da legalidade administrativa.

Por outro lado, viu-se também que os particulares igualmente podem afligir o direito fundamental à igualdade nas suas relações privadas, cometendo discriminações fundadas em critérios incompatíveis com a convivência harmônica em uma sociedade plural.

Nesse contexto, insere-se a norma de direito fundamental do inciso XLI do art. 5º de nossa Constituição, buscando principalmente proteger o direito à igualdade de uma pessoa ou de uma coletividade de pessoas contra as ações discriminatórias de particulares.

Já na problemática da produção legislativa, verificamos, contudo, a existência de uma tênue linha a divisar as discriminações válidas feitas pelo legislador, coerentes aos princípios e objetivos constitucionais, que não ferem o princípio isonômico, e as discriminações inválidas, contrárias à ordem constitucional e que ferem o princípio isonômico. Nessa análise, leva-se em alta conta a finalidade da lei, diretamente vinculada aos princípios e objetivos constitucionais e a noção de bem-comum.

No âmbito de atuação dos particulares a problemática aprofunda-se. O estabelecimento de parâmetros para a verificação da licitude das discriminações realizadas pelos particulares não é tão simples.

Conforme bem observa Paulo Mota PINTO⁷⁷, discriminar não é mais do que separar, distinguir, diferenciar ou tratar distintamente. Cuida-se de escolher entre várias possibilidades, constituindo “uma tarefa essencial à redução de complexidade e à própria constituição de sentido por parte de cada ator social”.

Segundo o autor, ainda, partindo desse ponto de vista, existirão situações de discriminação ilícita, lícita e, mesmo, situações de discriminação imposta. Quando se trata, então, de regras do relacionamento privado, a esmagadora maioria das diferenciações resultantes da atuação dos sujeitos jurídico privados não é nem imposta nem proibida, mas simplesmente permitida.

Do mesmo modo, BASTOS⁷⁸ menciona a vigência na esfera das relações particulares de um princípio amplo da autonomia da vontade, podendo as partes determinarem-se por critérios os mais diversos possíveis.

Assim, consoante a lição de Paulo Mota PINTO⁷⁹, percebe-se que o tema tangencia aspectos nucleares de nossa ordem jurídica, situando-se na intersecção entre o direito público – entre a proteção conferida pelo Estado, seja na incumbência da integridade pessoal, seja enquanto Estado de direito social – e o direito privado, com os seus princípios constitutivos, centralmente a autonomia privada.

Evidencia-se, então, que a anteriormente estudada aplicação do princípio da igualdade, com seus critérios para determinar a discriminação válida e inválida, não se mostram suficientes para efetuar o mesmo nas relações entre as pessoas. Haverá de ocorrer o confronto com outros princípios e garantias, igualmente de valor constitucional.

Por outro lado, deve-se referir que a proteção contra a discriminação não é, exclusivamente, uma proteção do indivíduo, mas também de seu grupo e, mesmo da sociedade em geral.

⁷⁷ PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*, in: COUTINHO, Adalcy Rachid... [et. al]; org. SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2ªed. rev e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2006, p. 367.

⁷⁸ BASTOS, Celso Ribeiro, obra citada, p. 14.

⁷⁹ PINTO, Paulo Mota, obra citada, p. 363.

Conforme Paulo Mota PINTO⁸⁰, num primeiro plano a conduta discriminatória pode se dirigir contra um indivíduo concreto, numa situação específica, atentando contra um direito absoluto de igualdade bem como seu direito de acesso a uma prestação. É a proteção que o legislador teve em vista ao enumerar as práticas de discriminação racial na lei 7.716/89, como, por exemplo, a do art. 5º que estabelece a pena de um a três anos de reclusão a quem, por motivo de raça, procedência nacional ou origem étnica, “recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador”. É uma proteção destinada a dignidade da pessoa humana como indivíduo, ainda que em virtude de uma característica que a pessoa concreta partilha com outras pessoas, por sua pertinência a um determinado grupo. Busca-se a plena participação daquele indivíduo na vida social.

Num segundo plano, os comportamentos discriminatórios também podem direcionar-se contra um grupo ou um coletivo de pessoas. A proteção, aqui, direciona-se a salvaguardar a integridade dos membros do grupo e não apenas o desembaraço de sua convivência social. Assim, a título de exemplo, tipificou o legislador como criminosa a conduta de incitar a discriminação, com pena agravada se praticada por meio de comunicação ou publicação.

Num último plano, a proteção contra a discriminação pode ter por finalidade igualmente a proteção da sociedade, globalmente considerada. No insuperável dizer de Paulo Mota PINTO⁸¹: “(...) a manutenção da paz e da harmonia entre os membros da sociedade – entre os indivíduos e os grupos – e a manutenção das condições para uma formação de vontade democrática requer a integração – e não a segregação em condomínios ou *ghettos*”.

A proteção contra a discriminação, assim, também tem por fim a proteção da própria sociedade, procurando a assimilação amistosa das multiculturalidades, de modo a evitar a formação de conflitos de grupos em seu meio; circunstância que, sabidamente, põe em risco seriamente a paz pública e a manutenção do Estado.

⁸⁰ PINTO, Paulo Mota, obra citada, p. 372.

⁸¹ PINTO, Paulo Mota, obra citada, p. 373.

3.2 LINHAS GERAIS DA LEI 7.716/1989

Feitas estas considerações, imperiosa a análise da Lei 7.716/1989, promulgada logo após a Carta de 88, a qual se constitui na primeira lei penal que coadunou com o dispositivo legal consubstanciado no inciso XLI e XLII do art. 5º da Constituição Cidadã.

Três meses após a promulgação da Carta Maior de 1988, o legislador ordinário elaborou uma nova lei antidiscriminatória, definindo os crimes resultantes de raça ou de cor.

Esta Lei foi sendo gradativamente modificada pelas leis 8.081/90, 8.882/94 e 9.459/97.

A lei é composta de vinte e um artigos: um deles faz a previsão genérica no sentido de serem punidos, na forma da lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, de cor, e, posteriormente, etnia, religião ou procedência nacional (artigo 1º), restando, ainda, entre outras disposições, a caracterização dos tipos penais que caracterizam a exteriorização do preconceito ou a discriminação.

Os tipos penais que formam esta lei, também conhecida como Lei Caó, prevêem sanções que vão de um a cinco anos de reclusão, transformando os ilícitos resultantes de discriminação ou preconceito de raça e de cor, e hoje, também os resultantes de religião, etnia e procedência nacional, em crime.

O preconceito, como anteriormente afirmado, possui em si caráter interno, pertencente ao fórum do indivíduo, que pode ter preconceitos, sem que isso prejudique as relações humanas de que participa, já que essa idéia, o ato intransitivado, é do domínio de ciência estranha ao mundo do direito. Contudo, isso, não impede que haja a punição pelo preconceito transitivado, isto é, aquele preconceito que transborda a esfera mental para o mundo concreto, seja por meio de injúrias (qualificadora do crime), ou de divulgação e incitação destas idéias, como na hipótese da conduta tipificada no art. 20 desta Lei.

A discriminação, por outro lado, é a diferenciação feita sobre, que pode ser lícita ou ilícita, a depender de seu aspecto relacional lógico, sendo que as diferenciações resultantes de uma idéia preconceituosa e, portanto, ilógica ou infundamentada, quase

que rigorosamente sempre ofendem a igualdade. Nesta lei, a discriminação punida é a decorrente da diferenciação por motivo de preconceito em relação à raça, cor, etnia e procedência nacional.

A lei, então, busca tutelar o direito à igualdade, protegendo contra as discriminações que tomem por base estes fatores, reconhecidamente os preconceitos mais difundidos.

Neste aspecto, o fator raça como motivo discriminatório é corriqueiro no decorrer da história humana.

Consoante os preciosos ensinamentos de Kátia Elenise Oliveira da Silva⁸²:

(...) a primeira teoria sobre as raças que se tem notícia foi a de Aristóteles, no séc. V a.C., afirmando que o clima frio diferenciava os povos. A paternidade das modernas teorias raciais é atribuída ao Conde Arthur Joseph de Gobineau (1816-82), sendo que ele mesmo admitiu que escreveu sobre o assunto para justificar a superioridade de sua raça (...).

Cristiano Jorge dos Santos⁸³, contudo, bem observa que raça é conceito pertinente aos campos da antropologia física ou da biologia que, para tanto, valem-se da análise de inúmeros elementos físicos coincidentes entre os indivíduos, para alocá-los em um ou outro grupo.

Sendo certo, conforme explicita Katia E. O. da Silva⁸⁴, que não existe outro campo de estudo no qual os termos tenham sido usado mais vaga e ambigualmente e o método científico tenha sido mais desvirtuado por preocupações de ordem social e política.

Nesse sentido, a referida autora ressalta que a corrente de pensamentos que teve maior aceitação foi a que reservou o significado da palavra raça aos grupos humanos assinalados por diferenças físicas que podem ser transmitidas por herança, tais como: cor da pele, cabelo, olhos, estatura, forma da cabeça e do rosto, estrutura do corpo, etc. Distinguem-se, assim, três grandes raças: branca, amarela e negra.

⁸² SILVA, Katia Elenise Oliveira da, obra citada, p. 108.

⁸³ SANTOS, Cristiano Jorge, obra citada, p. 44.

⁸⁴ SILVA, Katia Elenise Oliveira da, obra citada, p. 109.

Frise-se, de qualquer modo, que a partir do século XX, na vereda do desenvolvimento da ciência biológica, passou-se a perceber a inexistência de diferenciação genética considerável de raças, chegando-se a considerá-las inexistentes biologicamente, bem como a se desconstruir cientificamente os ideais de hierarquização entre elas.

Contudo, quando se alude à interpretação da expressão raça no direito penal, ela permanece importante, já que, como bem observa Cristiano J. Santos⁸⁵, neste aspecto, devem ser levadas em consideração as classificações usualmente consagradas e de uso corrente; conquanto desta possam decorrer, ainda, certa imprecisões, como no caso dos judeus, questões que, contudo, devem ser prospectadas minuciosamente caso a caso.

Relativamente à distinção baseada na cor do indivíduo ressalta o referido autor que é termo melhor utilizado para a distinção cromática de qualquer matéria, do que propriamente para a distinção de pessoas, conquanto seja empregado, para os fins da lei, na constatação da pigmentação epidérmica dos seres humanos, sendo que, rotineiramente, os preconceitos de raça e cor se confundem.

A etnia, por sua vez, como conceitua Guilherme de Souza Nucci⁸⁶, é o “grupo de pessoas que apresenta homogeneidade cultural ou lingüística”. Exemplo que se pode trazer de etnia são os curdos, no Iraque.

A religião é conceito melhor delineado, consubstanciando basicamente na opção por uma crença, baseada em uma ou mais forças divinas, que regem o universo e as relações humanas, com seus respectivos cultos, dogmas e regras.

Aspecto interessante ocorre na acepção do vocábulo procedência nacional adotado pela Lei.

Num primeiro exame, poderia se considerar que se trata de uma discriminação em que se toma por base a nação de origem do indivíduo. Contudo, a compreensão que tem se mostrado predominante refere-se à procedência nacional interna, de qual região do território nacional procede o indivíduo, sendo certo que, em nosso país, tal

⁸⁵ SANTOS, Cristiano Jorge, Obra citada, p. 47.

⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais penais comentadas*, 2ª ed. São Paulo:RT, 2007, p. 274.

hipótese demonstra-se de maior relevância. Neste sentido observam Cristiano Jorge Santos e Guilherme de Souza Nucci.

De qualquer modo, em todos os tipos penais da Lei 7.716/89, a objetividade jurídica é a mesma: tutela-se o direito à igualdade.

Percebe-se que se albergou nesta lei (e em suas modificações) uma considerável gama de situações na qual a discriminação injusta ocorre mais corriqueiramente, ou seja, nas relações privadas. Nestas relações a aferição do respeito ao princípio à igualdade é mais complexa. Prevê, ainda, sanções àquele que exteriorizar seu preconceito por meio de palavras e símbolos.

Cristiano Jorge Santos⁸⁷ optou por classificá-los, com exceção do art. 20 (que trata da incitação e divulgação do preconceito), de acordo com a limitação decorrente da discriminação ou preconceito, observando, assim, basicamente quatro tipos básicos de limitação.

Observou condutas que impõem uma: (a) limitação laborativa, compreendidos nos arts. 3º, 4º e 13; (b) limitação à obtenção de serviços ou bens, constantes nos arts. 5º, 7º, 8º, 9º e 10; (c) limitação à livre locomoção, verificadas principalmente nos arts. 11 e 12, mas também indiretamente, nos arts. 5º, 7º, 8º, 9º e 10; (d) limitação educacional, prevista no art. 6º e (e) uma limitação à integração familiar e social, observada no crime tipificado no art. 14.

Neste sentido, observa-se que, excetuando os tipos previstos no art. 20, todos os demais possuem um ou mais de um dos verbos impedir, negar, obstar ou recusar; sendo que, como bem observa o referido autor, o elemento subjetivo é idêntico para todos os crimes, o dolo, vontade livre e consciente de praticar as condutas descritas, exigindo-se, no art. 20, §1º, o elemento específico, “para fins da divulgação do nazismo”.

Assim, a par de uma discussão mais aprofundada sobre este texto normativo, denota-se que, de modo geral, a lei 7.716/89 levou a contento o comando do preceito constitucional do inciso XLI, do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

As condutas discriminatórias nela tipificadas são basicamente aquelas em que ocorre, nas relações sociais e/ou comunicativas, exteriorização de um sentimento,

⁸⁷ SANTOS, Cristiano Jorge, Obra citada, p. 89.

sobretudo pessoal, de preconceito em atividades corriqueiras da vida social, laboral e familiar; na qual a tutela penal seja, talvez, a única maneira de coibi-la eficazmente.

Abordou-se igualmente da divulgação e incitação ao preconceito, já que nocivas a uma determinada coletividade, bem como para a sociedade em geral.

Tomando por referencial o princípio da igualdade, observaram-se, ainda, nas tipificações, situações em que praticamente não há espaço para qualquer distinção logicamente justificável, sobretudo em relação aos fatores discriminantes vedados por esta Lei.

Pode-se concluir, aliás, que em relação às condutas tipificadas nesta Lei (excetuando o art. 13, que trata do acesso às Forças Armadas), dificilmente pode-se visualizar hipótese em que um fator diferenciador possa ser utilizado lícitamente.

Neste sentido, conquanto a Lei abarque uma quantidade relevante de fatores discriminantes (raça, cor, etnia, etc.) que não podem, modo algum, ser utilizados em certas situações tipificadas; cabe indagar, ainda, acerca da necessidade da abrangência por lei punitiva de formas diversas de preconceito e discriminação.

4 - CAUSAS DE DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAIS NÃO ABRANGIDAS PELA LEI PENAL E A OMISSÃO LEGISLATIVA.

Como visto, o comando constitucional do art. 5º, XLI preceitua a criminalização de qualquer conduta discriminatória que atente contra os direitos e liberdades fundamentais.

Nesse sentido, após consignar uma breve análise da lei antidiscriminatória por excelência – a que trata das discriminações baseadas na raça, na cor, na religião, na etnia, imperioso prospectar acerca de eventuais causas de discriminação que possam ser caracterizadas como inconstitucionais e que, por conseguinte, deveriam, igualmente estarem albergadas sob uma lei protetiva.

Para tanto, passa-se a valer dos critérios abordados anteriormente sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade; identificando-se, pois, esse tipo de discriminação no contexto social.

A título de exemplo, abordar-se-á, nesta análise, a causa de discriminação que vem, a cada dia mais, sendo debatida nos meios acadêmicos, políticos e de representação da sociedade: a orientação sexual da pessoa.

Investigando, pois, a contextualização social e jurídica da diversidade de orientação sexual das pessoas, sobretudo no que toca à pertinência deste fator diferencial ao grupo das distinções humanas que necessitam da proteção penal instituída pela Constituição, ou seja, ao conjunto das causas de discriminação atentatórias ao princípio da igualdade.

A par dessa averiguação, conferindo-se ou não a necessidade de lei protetiva neste aspecto, ou mesmo a existência ou inexistência desta lei, buscar-se-á, num momento seguinte, a explicitação da questão da omissão do legislador em relação ao comando constitucional de criminalizar condutas discriminatórias que atentem contra os direitos e liberdades fundamentais.

Nessa linha, a abordagem será focada, partindo-se de um pressuposto de que a obrigação de criminalizar do legislador não é questionável, na análise de um eventual instrumental jurídico-processual próprio a sanar a omissão do legislador.

4.1 A ORIENTAÇÃO SEXUAL

Consoante a lição de Roger Raupp Rios⁸⁸, discutir a discriminação por orientação sexual é cuidar exatamente disso: em que situações a existência de distintos regimes jurídicos ou tratamentos sociais justifica-se pela identidade atribuída a alguém em virtude de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo, do sexo oposto ou de ambos os sexos.

⁸⁸ RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: RT, 2002, p. 95.

Nesse sentido, a utilização da expressão orientação sexual, tomada das preciosas lições de RIOS, volta-se ao seu espécime mais corriqueiramente discriminado: a homossexualidade.

Basicamente, tratar-se-á, nesta análise, da análise relacional do conteúdo jurídico da igualdade em face da homossexualidade, especificamente no que toca à eventual necessidade da tutela penal preceituada no inciso XLI do art. 5º da Constituição da República.

Nesse sentido, imprescindível retomar as conclusões tomadas na análise do conteúdo jurídico do princípio da igualdade anteriormente expostas, a fim de tomá-la (ou não) como pertinente ao grupo das discriminações, diga-se assim, “odiosas”.

Ressalte-se, neste aspecto, justamente pela abordagem antidiscriminatória do princípio isonômico, que serão examinados apenas a hipótese de uma eventual discriminação direta por orientação sexual; isto é, a juridicidade de tratamento desfavorável, tanto social como jurídico, diretamente motivado na sua orientação sexual. Diversamente, portanto, daquelas que derivam da aplicação de normas neutras e gerais, que eventualmente acabam não se adequadamente ao indivíduo e sua peculiaridade, como, por exemplo, o que ocorre na legislação matrimonial e os indivíduos homossexuais.

Assim, percebe-se que a questão cinge-se a correlação dos critérios proibidos de diferenciação e a homossexualidade.

A propósito, deve-se relembrar a irrelevância de a diferenciação por orientação por sexual não constar expressamente no art. 3º, IV e do art. 5º, “*caput*”, ambos da Constituição Federal de 1988, que estabelece a vedação da diferenciação baseada nos fatores origem, raça, sexo, cor; eis que, como visto, mesmo estes podem ser utilizados como fator discriminatório justo: o que importa, de fato, é correlação lógica entre a finalidade do ato (privado ou público) com o fator discriminante utilizado.

Como bem asseverou Roger Raupp Rios⁸⁹:

(...) nunca é demais ter presente que as proibições de diferenciação têm sua raiz na enunciação geral do princípio da igualdade, cujo aspecto formal se reforça mediante a enumeração destes critérios. Este dado corrobora, ainda

⁸⁹ RIOS, Roger Raupp, obra citada, p. 132.

mais, a não obrigatoriedade da expressa enunciação da proibição de discriminação, além de revelar o equívoco do raciocínio que sustenta a taxatividade dos critérios proibitivos de diferenciação.

Assim sendo, inexistente, reafirme-se, um rol taxativo de critérios de discriminação proibidos, tanto negativamente, isto é, intransigentemente os vedando, ou positivamente, ou seja, indiscutivelmente os definindo.

De qualquer modo, ressalte-se que o referido autor compreende a hipótese de diferenciação por orientação como pertinente às discriminações por motivo de sexo.

Assevera ele que ambas as hipóteses dizem respeito à esfera da sexualidade, na medida em que se funda no sexo para quem alguém dirige seu envolvimento sexual; concluindo, pois, que, num aspecto preponderantemente formal da igualdade, encontra-se, *a priori*, vedada a discriminação baseada na homossexualidade.

Contudo, como visto anteriormente nas dilações dos fatores constitucionalmente válidos de discriminação, não há fator absolutamente indigno de ser utilizado como critério válido de discriminação; sendo imperioso, pois, sempre ter em mente a correlação lógica exaustivamente aqui apontada.

Neste aspecto, vale ressaltar que não serão abordados minuciosamente nesta brevíssima e limitada análise questões pontuais e específicas (deveras polêmicas) no que se refere à validade da discriminação por homossexualidade, tais como nas questões relativas ao casamento, à adoção, ao serviço militar e a dogmas religiosos, as quais mereceriam um estudo próprio.

Aqui, trata-se, sim, de visualizar num plano geral da discriminação contra homossexuais na sociedade, sem peculiaridades, tomando por base exemplificativa as condutas tipificadas como discriminatórias pela lei 7.716/89 e alterações.

Neste sentido, percebe-se que, de modo geral, as condutas discriminatórias acima referidas são basicamente aquelas em que ocorre, nas relações sociais e/ou comunicativas, exteriorização de um sentimento, sobretudo pessoal, de preconceito em atividades corriqueiras da vida social, laboral e familiar, bem como nas atividades acadêmicas, jornalísticas e artísticas, ou seja, nas atividades formadoras de opinião. Enfim, a discriminação essencialmente realizada por particulares, em situações em que praticamente não há espaço para qualquer distinção logicamente justificável, e que

merece, portanto, a intervenção protetiva da tutela penal ou sancionatória, já que despida, como anteriormente visto, de instrumentais jurídicos diversos a fim de coibi-la.

O preconceito, como anteriormente mencionado, trata-se, grosso modo, de juízos mal fundados (aliás, muitas vezes infundados) que uma pessoa realiza acerca de outra, tomando por base apenas uma característica desta, atribuindo-lhe, geralmente a pecha de inferioridade, de subumanidade, ou mesmo, de culpado por alguma situação; sendo que este sentimento não possui origem definida, podendo ser psicológica, histórica, moral ou até pseudocientífica.

Nesse sentido, como bem observa Roger Raupp Rios⁹⁰ (após minucioso exame acerca da homossexualidade), constata-se que o estágio do conhecimento humano atual desautoriza juízos discriminatórios com base exclusiva no critério da orientação sexual, eis que a evolução experimentada pelas ciências humanas e biológicas desde a metade do século XX já é suficiente para a superação dos preconceitos que anteriormente turvavam a mentalidade contemporânea diante da homossexualidade, tal como em relação ao racismo.

Conclui-se, assim, que em situações sociais semelhantes às apontadas pela lei 7.716/89, a adoção do fator orientação sexual, tal como a raça ou a cor, é igualmente injustificável logicamente, sendo inadmissível, portanto, num ordenamento jurídico baseado no princípio da igualdade; devendo, pois, pela conformação do nosso ordenamento constitucional, que preceitua, inclusive, nos direitos fundamentais, a tutela penal da igualdade, ser abarcada por lei punitiva, esta inexistente ainda.

Neste sentido, passaremos a analisar a questão da omissão legislativa face ao preceito constitucional que determina a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos fundamentais.

⁹⁰ RIOS, Roger Raupp, obra citada, p. 136.

4.2 OMISSÃO LEGISLATIVA

Consoante bem adverte Janaina Conceição Paschoal⁹¹, a abordagem relativa à suposta vinculação do legislador ordinário ante as determinações constitucionais expressas de criminalização é tão embrionária que a análise do tema fica, em grande parte, limitada à verificação da existência ou não, de instrumentos jurídicos passíveis de forçar o legislador a cumprir a obrigação constitucional, considerada como certa.

Isto é, para a referida autora, prescindível, neste aspecto, apesar de manter posicionamento diverso, questionar a obrigatoriedade ou a suposta obrigatoriedade de criminalização, mas sim se o legislador pode ser cobrado quanto ao adimplemento dessa pretensa obrigação.

Nesse sentido, Janaina Conceição Paschoal⁹² considera necessário mencionar o nome do italiano Francesco Palazzo⁹³ como sendo o autor mais aprofundado na análise da questão.

Palazzo ancora-se, em sua análise, nos ordenamentos jurídicos italiano, alemão e espanhol, levantando como um dos problemas centrais de seu livro (Valores constitucionais e direito penal), não o tema relativo à obrigatoriedade de criminalizar, reputada por ele como inquestionável, mas sim no que toca à concreta eficácia de semelhantes enunciações no plano da realização legislativa.

Levanta o mencionado autor, como bem observa Janaina Conceição Paschoal, quatro pontos de discussão: 1) o relativo à possibilidade de a Corte Constitucional afirmar obrigações específicas de criminalização; 2) o referente à possibilidade de se declarar inconstitucional por omissão a norma que, contrariamente à determinação constitucional por omissão a norma que, contrariamente à determinação constitucional, tutela de forma insuficiente um determinado bem jurídico; e 3) o concernente ao total inadimplemento por parte do legislador da obrigação de tutelar penalmente bens apontados pela Constituição como sendo merecedores dessa tutela; 4) além do

⁹¹ PACHOAL, Janaina Conceição. *Constituição Criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003, p. 87.

⁹² PACHOAL, Janaina Conceição. Obra citada, p. 88.

⁹³ PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 105-110, *apud*, Paschoal, J.C., obra citada, p. 88.

relacionado à impossibilidade de, uma vez materializada a determinação constitucional de criminalização, uma norma posterior vir a revogá-la, avaliando os efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade de norma revogadora.

Janaína Conceição Paschoal⁹⁴ ressalta, neste aspecto, que o problema é decorrente da presunção de que a Constituição obriga à criminalização, que, segundo ela, não coadunam com os princípios informadores do Direito Penal mínimo, atentando contra princípios informadores do Direito Penal mínimo, bem como contra princípios básicos do próprio Estado Democrático de Direito, quais sejam o da divisão do poderes e da legalidade.

Considerando-se, contudo, ser obrigatório ao legislador criminalizar, passa-se a avaliar o que caberá ao Poder Judiciário fazer na hipótese de o Poder legislativo não cumpri o comando constitucional.

A obra de Paschoal refere menções ao direito e doutrina estrangeiras, como, por exemplo, na Alemanha, onde o Tribunal Constitucional “tem o poder de declarar a inconstitucionalidade e simultaneamente emanar uma disciplina penal de caráter provisório de harmonia com a obrigação constitucional de incriminação”. Já “no ordenamento italiano o Tribunal Constitucional não pode colmatar os vazios da legislação penal ordinária”⁹⁵, sendo certo que, em Portugal, a intromissão do Poder Judiciário nas funções do legislativo igualmente não é considerada.

Na doutrina, menciona-se o nome de Pulitanò⁹⁶, o qual conclui que as determinações constitucionais expressas de criminalização não podem obrigar o legislador a criminalizar as condutas indicadas, sob pena de cair-se em uma verdadeira ditadura do Judiciário.

Este autor, como observa Paschoal, questiona o reconhecimento da existência de obrigações constitucionais de tutela penal, apontando para o perigo de passar-se a admitir manipulações normativas por parte das Cortes Constitucionais, consignando

⁹⁴ PASCHOAL, Janaína Conceição. Obra citada, p. 88.

⁹⁵ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha de bens jurídicos. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Aequitas-Editorial Notícias, ano 4, fasc. 2, abr.-jun. 1994, p. 176, , *apud*, Paschoal, J.C., obra citada, p. 88.

⁹⁶ PULITANÓ, Domenico. Obblighi costituzionali di tutela penale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, ano XXVI, p. 484-531, 1983, p. 510-512, , *apud*, Paschoal, J.C., obra citada, p. 88.

ainda que a tese de que as determinações constitucionais de criminalização vinculam o legislador ordinário concede não só à Corte Constitucional, mas ao próprio Poder Judiciário, a última palavra no que se refere aos bens jurídicos que deverão ser penalmente tutelados. Sendo que, deste modo, “a descoberta das obrigações de penalização está relacionada ao interesse da magistratura de manter e consolidar uma esfera significativa de funções e influência”.

Voltando-se ao contexto brasileiro, observa-se que, ainda que se entenda que as indicações constitucionais de criminalização são vinculantes ao legislador ordinário, não se encontram, ao contrário da Alemanha, instrumentos jurídicos para forçá-lo a concretizar a obrigação constitucional.

Nesse sentido, sabe-se que a ação constitucional para sanar omissões legislativas é o mandado de injunção, que está exclusivamente relacionado ao gozo dos direitos e liberdades previstos na Constituição Federal⁹⁷ e não à sua limitação, como se verificaria na hipótese de uma lei incriminadora, que atuaria sobre o *status libertatis* dos cidadãos.

De qualquer modo, consoante aduz o ilustre mestre José Afonso da Silva⁹⁸, o referido remédio foi transformado em “mero meio de obtenção de declaração de inconstitucionalidade por omissão”, e não em instrumento passível de integração do ordenamento, sendo importante ponderar que tal declaração não tem efeito *erga omnes*; sendo que o Poder Judiciário nacional, seja pelo princípio da legalidade ou em decorrência do princípio da separação de poderes, não poderia sobrepor-se ao Legislativo, para editar norma criminalizadora não existente no ordenamento.

Por outro lado, poder-se-ia pretender lançar mão da ação de inconstitucionalidade por omissão, que diferentemente do mandado de injunção, pode ser utilizado em outras hipóteses de omissão legislativa, e não só naquelas em que a ausência da norma compromete o exercício de direito ou liberdades constitucionais não regulamentados⁹⁹.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 450.

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 166.

⁹⁹ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 448.

De qualquer modo, o problema subsiste: a declaração da inconstitucionalidade por omissão não confere ao Judiciário o poder de sobrepor-se ao Legislativo.

Deve-se lembrar, ademais, que tal inconstitucionalidade só se verifica diante de uma efetiva omissão legislativa.

Para CANOTILHO, como bem sintetizou Paschoal¹⁰⁰, mesmo nas hipóteses em que há obrigatoriedade de legislar, a inconstitucionalidade da omissão legislativa não se vincula necessariamente com os prazos ou tempos dentro dos quais deveria ter havido a interposição legiferante necessária para tornar exeqüível o preceito constitucional. De um modo geral, o legislador constituinte fixa prazos quando se trata de ordens de legislar. Na hipótese de omissões derivadas do não cumprimento de imposições constitucionais, os momentos decisivos para a verificação da existência da inconstitucionalidade são mais a importância e indispensabilidade da mediação legislativa para dar operatividade prática às normas constitucionais do que a fixação de eventuais limites.

A propósito, José Afonso da Silva¹⁰¹ assevera que ninguém pode obrigar o legislador a legislar, mesmo que para isso o constituinte tenha fixado prazos, consignando também que “ninguém tem direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, ainda que determinada no texto da constituição”.

Percebe-se, portanto, que inexistem instrumentos efetivos para obrigar o legislador à aprovação de qualquer lei, sobretudo nos casos de lei punitiva; fortalecendo-se, de certo modo, as opiniões que entendem que as manifestações expressas de criminalização dispostas na Constituição, não vinculam o legislador ordinário, ao qual, sim, na prática, acabaria por deter a prerrogativa da verificação da pertinência ou não da tutela penal no que toca ao tema do preconceito e discriminação, consoante o princípio penal da subsidiariedade.

¹⁰⁰ PASCHOAL, Janaína Conceição. Obra citada, p. 89.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso. Obra citada, p. 129.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A norma constitucional do inciso XLI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 não merece padecer pelo abandono, seja da classe política ou jurídica.

Direito fundamental consignado em nossa Carta Magna, é fruto, por certo, de longa luta pela conscientização da sociedade brasileira da importância da construção de uma nação verdadeiramente livre de preconceitos e discriminações, na qual se efetiva genuinamente o princípio da igualdade.

A conscientização de que a verdadeira grandeza de um país reside na dignidade da vida de seus cidadãos, que devem enxergar-se uns aos outros como verdadeiros semelhantes, tanto em direitos como em deveres. Somente este sentimento de irmandade residente no povo de um país permite que este seja realmente forte e possa navegar serenamente pelos tempos, entoando a todos os povos do mundo a sua singularidade e beleza, encaixando-se perfeitamente no quebra-cabeça da experiência humana.

No Brasil, sobretudo, isso importa muito. País jovem, colonizado pelos mais diversos povos, formado sob a influência de inúmeras culturas. Subsiste aqui, ainda, um sentimento muito forte de desunião, de privilégio, de desigualdade.

Tendo isto em mente é que se realizou este humilde estudo, vislumbrando-se na análise jurídica focada neste singelo direito fundamental de proteção contra a discriminação, tão pouco abordado, uma forma de contribuir para a realização de uma sociedade mais justa e igualitária.

O desenvolvimento de uma sociedade assim ocorre. Quem imaginaria, ainda nos idos da República Velha, que existiria um dia no Brasil, no rol dos direitos fundamentais, um preceito constitucional como este?

Portanto, buscou-se reavivá-lo nesta análise, na esperança de que esta seja ainda útil em alguma eventual discussão sobre o assunto, ou como contribuição a outros estudos.

Procurou-se nesta singela pesquisa, dentro de certos limites, trazer-se à tona boa parte do material doutrinário já produzido sobre a matéria, em seus aspectos, espera-se, mais relevantes.

A norma em contentio, assim, revelou-se, ao longo de nosso estudo, de uma complexidade bela, deslindando-se por inúmeros caminhos.

É certo, contudo, que a onisciência é um dom de Deus, não dos homens. O que leva a conclusão de que nenhum trabalho humano, sobretudo o de pesquisa, pode ser considerado completo. Há sempre alguma obra que deveria ter sido consultada, ou algum aspecto a ser melhor explorado.

De qualquer modo, restam neste estudo os frutos de um sincero trabalho de pesquisa realizado, jogando certa luz na norma constitucional, bem como em seus aspectos correlatos – como o preconceito e a discriminação, sendo que a conclusão principal a que se chegou neste trabalho é que o direito fundamental aqui estudado já rendeu bons frutos, como a Lei Caó, ainda que hajam críticas em relação a sua efetividade, bem como, conquanto tenha se averiguado a insuficiência de instrumental jurídico para sanar uma eventual omissão do legislador neste aspecto, poderá render outros ainda, abarcando em sua proteção outros grupos, já que, pela presente norma, embora não se possa taxativamente afirmar que o legislador será obrigado a editar a lei protetiva, ninguém ousa questionar que ele pode. Cabendo, pois, a sociedade democrática brasileira, que pode votar livremente, escolher seus representantes dentre as pessoas coadunadas com o espírito da Constituição e sensíveis aos ideais da igualdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ivens Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado, 3. ed., Coimbra: Armênio Amado Editora., p. 204.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 2ª ed, Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS, Fernando. *Corações sujos*. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais penais comentadas*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina, SCHAFFER, Jairo Gilberto. Dos crimes de discriminação e preconceito. *Revista dos tribunais*, n. 714, p. 329, abr. 1995.

PACHOAL, Janaina Conceição. *Constituição Criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*, in: COUTINHO, Adalcy Rachid... [et. al]; org. SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2ªed. rev e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2006.

PIOVESAN, Flávia C. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 4ª ed., São Paulo: Max Limonad.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Cristiano Jorge. *Crimes de Preconceito e discriminação*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ªed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 21ª ed, revista e atualizada. Malheiros: São Paulo, 2002.

SILVA, Luiz Marlo de Barros Silva. *O Direito de greve como direito constitucional*. Curitiba, 1991.

SILVA JÚNIOR, Hédio. *Direito de igualdade racial. Aspectos constitucionais, civis e penais. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, Katia Elenise Oliveira da. *O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.